BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XXI
G
29

XXI
G
29

Digitized by Google

GERARDI NOODT,

NOVIOMAGI,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

OPERA OMNIA,

AB IPSO RECOGNITA, AUCTA, EMENDATA, MULTIS IN LOCIS,

ATQUE

IN DUOS TOMOS DISTRIBUTA.

QUORUM PRIOR

Quæ contineat, pagina poſt Præfationem ſequens indicabit.

LUGDUNI BATAVORUM,
Apud JOHANNEM VANDER LINDEN, JUNIOREM.
MDCCXXIV.
Cum Privilegio Ordinum Hollandiæ & Weſt-Friſiæ.

Digitized by Google

GERARDUS NOODT
ERUDITO LECTORI
S.

OFFERO tibi, Erudite Lector, hoc volumine omnia Opera quibus conatus ſum Juriſprudentiam illuſtrare. attigi (niſi fallor) materias eximias, & uſus per omnes Artis partes diffuſi: certe non indignas tractari a claris ingeniis: Veterum ſenſum, ut decet, ſine ludibrio cavillationum, ex vero & ſolido quæſituris in incerto ſcripturæ, temporum, morum, opinionum, ſectarum, & quæ in hiſce Fragmentis præterea turbent optimum quemque & ſagaciſſimum Interpretem. ea gratia fui animo minime omiſſo: ſæpe incedens via ante nullius aut paucorum pedibus trita, ut ut obſcuriſſima atque aſperrima. tanti erat, ſi liceret, in locis inviis aliquam planare ſemitam, & lucem facere, ubi nox erat! quid extricaverim, malim ex aliis, quam ex me, intelligi: quando de ſe quiſque ſperat bene. ego quoque etſi non magnifice de me ſentiam; humano more mihi blandior: alioquin non habiturus hæc ſcribendi publicandique aut cauſam aut neceſſitatem. quod ſi alicubi res ſit minus ex ſententia: (ut nihil eſt perfectum) nec idcirco deſinet laudabile eſſe conſilium auſi, aliquid meditari pro communi bono; & volentibus imitari exemplum, præbere occaſionem detegendi plura adhuc incognita. ipſe neſcio, an ulterius ſim quid moliturus: quem annus ſextus & ſexageſimus monet legis Naturæ: non magis floribus, plantiſque, & cæteris animalibus, quam hominibus, ponentis finem, aliis breviorem, aliis longiorem, omnibus unum. me vero hac ſolutum eſſe, qui ſperem ſanus? quapropter decrevi facere, quod ſolent peregrinaturi. illi in tempore colligunt vaſa; & quæ e re ſua ſuorumque fore exiſtimant, dum licet, diſponunt. ego, quotquot honeſtas amant artes, me earum ſocietate quaſi vinculo cognationis attinere, mihi perſuadeo: ideoque cupiens his, ſi poſſim, æque abſens ac præſens prodeſſe, quæ imperfecta pendebant Opera, ad quamdam maturitatem idonea perduxi cura. Inſuper quæ diverſis temporibus ante communicaveram cum erudito orbe, eadem alibi aliqua verborum rerumque, alibi totorum capitum, adjectione adjuvi aut auxi; & jam ſæpius ſeparatim typis edita, quo melius conſervarentur, hoc conjunxi volumine: nec ſic eis pollicitus æternitatem. non eſt ea humanarum rerum: & ſuperbi ſit, hanc ſpe præſumere. at nec mundo peribit multum hiſce carenti. quamquam dum exſtabunt, cur nolim proficere, ſi queant, curioſis talium, nec cauſam habeo. Interim nil profiteor ultra probabile. minus aliis poſui legem quam ſequantur. tantum, ut in libera republica, meum dedi ſuffragium. id ſi cui videatur ad veriſimile accedere: probet. ſin aliter: mutet. alterum opto: alterum non invideo. abſit modo contumelia: a qua ipſe abſtinui diligentiſſime: indecoram arbitratus famam ab alterius imminutione petitam. quod ſi quis contrarium malet: me non offendet ſuis uſus moribus. meis placet ac ſemper placebit hoc Ovidii *lib. 2. De Ponto Epiſt. 9.*

—— Ingenuas didiciſſe fideliter artes
Emollit mores, nec ſinit eſſe feros.

Subjectus eſt ad finem voluminis generalis Index, & duplex: alter rerum verborumque, alter locorum aut explicatorum aut emendatorum. erat is neceſſarius uſui complurium Operum varii generis: in quibus multa ſunt ex profeſſo, quædam ex occaſione tradita, ubi non exſpectantur. Vale.

INDEX & ORDO

Operum omnium quæ hoc volumine continentur.

Probabilium Juris Civilis libri IV. Pag. 1
De Juriſdictione & Imperio libri II. 93
Ad Legem Aquiliam liber ſingularis. 137
De Fœnore & Uſuris libri III. 175
Diocletianus & Maximianus, ſive de pactione & tranſactione criminum liber ſingularis. 271
Obſervationum libri II. 297
De forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admiſſi apud Veteres liber. 353
De Uſufructu libri II. 387
Ad Edictum Prætoris de pactis & tranſactionibus liber ſingularis. 483
Julius Paulus, ſive de partus expoſitione & nece apud Veteres liber ſingularis. 567
Amica reſponſio ad difficultates Julio Paulo, ſive libro De partus expoſitione & nece, nuper motas a Viro Ampliſſimo, Cornelio van Bynkershoek, Juriſconſulto & in ſuprema Hollandiæ, Zelandiæ, & Weſtfriſiæ Curia Senatore, Opuſculo De jure occidendi, vendendi & exponendi liberos apud Romanos, nunc primum edita. 591
Diſſertationes quatuor.
I. *De Civili Prudentia.* 609
II. *De cauſis corruptæ Juriſprudentiæ.* 616
III. *De jure ſummi Imperii & Lege Regia.* 623
IV. *De Religione ab Imperio Jure Gentium libera.* 634

ACCEDIT

Index generalis, & duplex: unus Rerum ac Verborum: alter locorum quæ in his Operibus aut explicantur aut emendantur.

Errata Priore Tomo ſic emendanda.

Pag. 26. col. 2. lin. 26. pro legtimum *ſcrib.* legitimum.
144. col. 2. lin. 12. a fin. Radolphus *leg.* Radulphus.
158. col. 1. lin. 1. pro Juſtino Matyre *leg.* Juſtino Martyre.

GERARDI

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

PROBABILIUM JURIS CIVILIS

LIBRI IV.

Editio quinta, prioribus auctior & emendatior.

Impp. Theodoſius & Valentinianus AA. ad Senatum urbis Romæ *l. unic. Cod. Theod. De reſponſis prudentum.*

Papiniani, Pauli, Gaji, Ulpiani, atque Modeſtini ſcripta univerſa firmamus ita, ut Cajum, atque Paulum, Ulpianum, & cæteros comitetur auctoritas lectionis, quæ ex omni opere recitatur. Eorum quoque ſcientiam, quorum tractatus atque ſententias prædicti omnes ſuis operibus miſcuerunt, ratam eſſe cenſemus, ut Scævolæ, Sabini, Juliani, atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt. Si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur.

Imp. Juſtinianus ad Tribonianum *De conceptione Digeſtorum* §. 13.

Ne autem per ſcripturam aliqua fiat in poſterum dubitatio: jubemus non per ſiglorum captiones, & compendioſa ænigmata, quæ multas per ſe & per ſuum vitium antinomias induxerunt, ejuſdem codicis textum conſcribi, etiamſi. & reliqua.

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Antecesſoris,

PROBABILIUM
JURIS CIVILIS
LIBER PRIMUS.

Caput I.

1. *Si flumen agrum alicujus occupet, & deinde rurſus relinquat, quid juris? Gajo lux data in l. 7 §. 5. & 6. D. de adquirendo rerum dominio.* 2. *Rationes diſſentientium Interpretum adferuntur.* 3. *Diſcutiuntur.* 4. *Pomponius reſtituitur in l. 30. §. 3. D. eod. tit. exempta Gloſſa, quæ hactenus eum locum inquinavit.*

1. Cum de adquirendo rerum dominio, cum de uſufructu, aliiſque id genus cauſis, agitur; frequens eſt, nec inelegans, dubitatio, ſi flumen fundum alicujus occupaverit, deindeque rurſus deſeruerit; utrum omnino extinxiſſe hæc jura, an tantum ſuſpendiſſe, videatur. eam dubitationem definit Gajus his verbis *l. 7. §. 5. & 6. D. de adquirendo rerum dominio.*

Quod ſi toto naturali alveo relicto flumen alias fluere cœperit: prior quidem alveus eorum eſt, qui prope ripam prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cujuſque prædii, quæ [latitudo] prope ripam ſit: novus autem alveus ejus juris eſſe incipit, cujus & ipſum flumen, id eſt, publicus juris gentium. Quod ſi poſt aliquod temporis ad priorem alveum reverſum fuerit flumen: rurſus novus alveus eorum eſſe incipit, qui prope ripam ejus prædia poſſident. Cujus tamen totum agrum novus alveus occupaverit: licet ad priorem alveum reverſum fuerit flumen; non tamen is, cujus is ager fuerat, ſtricta ratione quidquam in eo alveo habere poteſt: quia & ille ager, qui fuerat, deſiit eſſe, amiſſa propria forma; & quia vicinum prædium nullum habet, non poteſt ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere. Sed vix eſt, ut id obtineat. §. 6. Aliud ſane eſt, ſi cujus ager totus inundatus fuerit: namque inundatio ſpeciem fundi non mutat: & ob id, cum receſſerit aqua, palam eſt ejuſdem eſſe, cujus & fuit.

Hæc Gajus. quæ autem ſit ejus ſententia, uſque adhuc eſt quæſtioni viris doctis. Accurſius, ne una conjectura minus ſufficeret tollendæ difficultati, complures attulit: quarum prima rigorem juris ſeparat ab æquitate: altera diſtinguit, utrum aliquo modo appareat primi agri qualitas, an non appareat: tertia putat, Gaji ſententiam procedere, niſi aqua cum impetu receſſerit. Sic Accurſius. Franciſcus vero Connanus, V. Cl. cenſet *lib. 3. Comment. jur. civil. c. 5. n. 2.* Gajum rem totam dubiam atque ancipitem reliquiſſe: cum nihil haberet, quod pro certo reſponderet; poſtulante aliud æquitate; aliud ſummi juris ratione. Mihi proclive eſt, docere, non eſſe temere recedendum a ſecunda Accurſii reſponſione: ne propter illa quidem Gaji verba; *ſtricta ratione:* quibus video turbari doctos viros. Non enim ſignificant, quod illis videtur, rationem ſubnixam ſubtilitate, quam utilitas atque uſus juris refutet; ſed eam, quæ cum publica utilitate atque uſu juris conſentiat. Eam rationem Juſtinianus appellat *jus ſtrictum*; eique opponit *mollem animum l. ult. C. de compenſationibus:* id eſt, animum non viriliter, neque ex vero, ſed ſolutius, quam par ſit, ſequentem vim humanitatis. Ulpianus in expoſitione Senatusconſulti Macedoniani eamdem rationem dicit *ſeveritatem* Senatusconſulti *l. 9. §. 2. D. de Senatuſconſulto Macedoniano*; Modeſtinus alibi *rigorem juris* indigitat *l. 19. D. de appellationibus & relationibus*; & addit, ſententiam, expreſſim contra hunc latam, ſine appellatione reſcindi. Unde apparet, *ſtrictam rationem* apud Gajum eſſe *regulam*, ſeu definitionem, & auctoritatem juris: quo ſenſu Ulpianus in *Fragment. tit. 25. §. 1. Fideicommiſſum*, inquit, *eſſe, quod non civilibus verbis, ſed precative relinquitur: nec ex rigore Juris Civilis proficiſcitur, ſed ex voluntate datur relinquentis.* Ac proinde, cum alicubi fit mentio *ſtricti juris*, aut *ſtrictæ rationis*, aut *ſeveritatis*, aut *rigoris juris*; non utique ſignificatur, eam rationem aut inani ſubtilitate niti, aut ut iniquam, duramve, æquitate mutari aut tolli. Nec tamen negem, ſtrictam rationem, etſi ob publicam utilitatem

receptam, tamen, propter quam ſubnaſcentem majorem utilitatem, aliquando infringi, aliquando laxari, una aut altera in ſpecie, manente in cæteris rigore juris. fit hoc in *l.* 43. *D. de religioſis & ſumptibus funerum.* & §. 10. *Inſt. de mandato.* ſed in propoſita ſpecie nihil tale eſt: imo utilitas ſervandarum riparum adverſus vim fluminum, quam Ulpianus commendat *l.* 1. §. 1. *D. de ripa munienda*, & in primis Veterum Fragmenta, quæ paulo poſt adferam, hanc ſtrictam rationem in ea & probant & tuentur. Igitur neque hæc verba, *ſed vix eſt, ut id obtineat*, eo pertinent apud Gajum, ut corrigant eam ſive regulam, ſive ſtrictam rationem, quaſi minus conſentaneam aut humanitati aut uſui; ſed ut reſtringant eam ad ſubjectam facti ſpeciem: perinde, ac ſi dicat Juriſconſultus, vix eſſe, ut id obtineat aliter, quam in terminis mutati agri; ſive, vix eſſe, ut id ſemper atque indiſtincte obtineat, ubi fundum occupavit aqua fluminis: fallere enim, ſi tantum inundatus proponatur ager, non etiam mutatus: denique ſummam diſputationis eſſe: ut, ſi fluminis alluvione mutata ſit agri forma, mutatus quoque ejus receſſu dominus intelligatur: quia verum eſt, ſublata forma, alium eſſe agrum reſtitutum, quam qui ante extitit: at ſi ager ſolum inundatus fingatur, id eſt, ad tempus magis opertus aqua, quam ſublatus, quam converſus in alveum: tunc ager receſſu fluminis ad eum cujus antea fuit, revertatur. Habes meam ſententiam, ipſam, niſi fallor, planam: ſi quidem advertas ad Gaji verba; inque his ad connexionem *d.* §. 5. & 6. ſtatim ſubſequentis: tum præterea ad auctoritatem Veterum, præſertim Alfeni Vari in *l.* 38. *D. de adquirendo rerum dominio*, item Javoleni *l.* 24. *D. Quibus modis uſusfructus amittitur*, nec non Pomponii in *l.* 23. *D. eod. tit.* & Ulpiani in *l.* 1. §. 7. & §. 9. *D. de fluminibus:* omnes enim in eamdem mecum decurrunt ſententiam: nec hi tantum; ſed & Tribonianus in §. 23. & 24. *Inſt. de rerum diviſione.* quid enim? neſcis, cur ipſe eo in loco, qui totus Gaji eſt, deleverit verba hæc, *ſed vix eſt, ut id obtineat?* dicam, ne incogitantiam ejus accuſes forte cum Theodoro Marcilio ad *d.* §. 23. deleviſſe, ut Gajo lucem accenderet; denique, ne quis imprudentior, contra Gaji mentem, aliam eſſe cauſam æquitatis, aliam ſtricti juris, ſuſpicaretur.

2. Id mihi ſedet. Aliis, quos inter Hugo Donellus *lib.* 4. *Comment. jur. civil. c.* 28. & Franciſcus Connanus *dicto loco*, familiam ducunt, magis placet tertia conjectura Accurſii; exiſtimantis, ſi flumen latente primum alluvione agrum occupavit, eumdemque in alveum convertit, & deinde rurſus deſtituit, non minutatim, ſed uno velut impetu; tunc eum ſimiliter, ut in temporali fit inundatione, ad priorem dominum reverti: nam ſicut juſtum eſt, in re dubia locum dari adquiſitioni per alluvionem; ita cum patet, alienum eſſe agrum quem flumen tenuit, ſuſtulitque, æquitatis eſſe, ne domino vicinus præferatur, ne quis cum alterius jactura locupletetur: nec verbis ad id demonſtrandum opus eſſe; ſed a Pomponio declarari in *l.* 30. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio*, quæ ſic habet.

> *Alluvio agrum reſtituit eum, quem impetus fluminis totum abſtulit. Itaque ſi ager, qui inter viam publicam & flumen fuit, inundatione fluminis occupatus eſſet (ſive paulatim occupatus eſt, ſive non paulatim), ſed eodem impetu receſſu fluminis reſtitutus, ad priſtinum dominum pertinet: flumina enim cenſitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum. Itaque ſicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus eſſet, fuiſſet publicus: ita nunc privatus ejus eſſe debet, cujus antea fuit.*

3. Verum hæc me de ſtatu meo non facile dejecerint; cum rationem juris, cum ſententias tot Juriſconſultorum, mecum reputo: quorum nemo dubitavit, quin definitio hujus cauſæ non tam ex obſcuritate dominii, quamquam & hæc poteſt concurrere, quam ex formæ mutatione, petenda ſit. quare heic æquum eſſe quiſquam ait, ſuum cuique tribui, & neminem cum alterius jactura locupletiorem fieri? equidem ſentio, vera amitti rerum vocabula; & quia æquitatem magis ad merum jus gentium æſtimamus, quam cum præceptis civilibus & prætoriis; eo in quæſtionibus de bono & æquo plerumque ſub auctoritate Juris ſcientiæ pernicioſe errari. Principio enim nego, quidquam alieni occupari eo in fundo, cujus ſpecies quæ ante fuit, poteſtate fluminis ſublata eſt *d. l.* 7. §. 5. *cum ſimilibus.* Deinde naſcuntur iſtæ alluviones præſertim ex negligentia dominorum: qui (quod ripas ſuas, cum poſſunt, & debent, non ſatis muniunt adverſus vim fluminis) quidquid aqua lambendo auſert, id omne oſcitantia ſua, quaſi voluntate, alienare videntur *arg. l.* 28. *D. de verborum ſignificatione:* ſaltem, ſi quod ſentiunt damnum, non intelliguntur ſentire; per *l.* 203. *D. de regulis juris.*

4. Ad Pomponium venio, quo præſertim nititur conjectura diſſentientium Interpretum. Quid dicam? diſſentire Pomponium & reliquos Juriſconſultos, cum Franciſco Hotmano *ad d.* §. 23? non video, qui potuerint in re certa atque explorata diſſentire. An potius de inundatione loqui Pomponium, non loqui de mutatione alvei, cum viro ſummo, Jacobo Cujacio, *Notis ad d.* §. 23.? præſente obruor auctoritate. nam aperte Pomponius, *ſive paulatim occupatus eſt, ſive non paulatim.* An faciam, quod in rebus dubiis ſolet? jurabo, parum liquere? at jurabo non ſatis liquido. eſt enim mihi ſuſpicio, cui animus interim adquieſcat, donec alicunde quid aut certius aut probabilius adferetur. opinor, veram eſſe Cujacii ſententiam: ſed, quod ipſe non obſervavit Cujacius, Pomponium interpolatum eſſe Gloſſa alicujus

Stu-

Digitized by Google

Studioſi Juris: qui cum in principio *d.* §. 3. *l.* 30. legiſſet voculam *alluvio*, & paulo poſt verba *inundatione fluminis*, nec animadvertiſſet, Pomponium alluvionem abuſive dixiſſe pro receſſu fluminis; ut Accurſius notavit & Gothofredus: ſtatim credidit, Juriſconſultum agere de utraque fluminis occupatione. cauſa meæ opinionis connexio ejus loci longe peſſima. nam quid, quæſo, iſtud eſt, quod ait Pomponius, *ſive paulatim occupatus eſt, ſive non paulatim?* numquid ex verbo *impetus*, quo bis utitur in *d.* §. 3. obſcure colligitur, magis eſſe, ut ibidem agat tantum de inundatione, ſed momentanea; non etiam de mutatione alvei, quæ latenter & paulatim facta, poſt deinde ſubito fluminis receſſu emendatur? ſunt certe contraria, fundum ſublatum eſſe fluminis impetu, & fundum a flumine eſſe lente occupatum. præterea non video, quemadmodum aqua dicatur eodem impetu recedere; cum fundum lambendo ambedit: niſi Pomponius dixit, fundum *eodem impetu* reſtitui, pro *uno impetu*: quod voluit doctiſſimus Connanus *dicto loco.* ſed vix eſt, ut hoc poſtrema hæc admittant Pomponii verba, *Sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus eſſet, fuiſſet publicus: ita nunc privatus ejus eſſe debet, cujus antea fuit.* Senſus enim eſt, Hunc fundum, quo de agitur, non mutaſſe dominium, quia alveus fluminis non eſt factus: qualem tamen neceſſe fuiſſet fieri; ſi aut latente alluvione foret ſublatus, aut inundatione diuturniore. Itaque conſequens eſt, in *d.* §. 3. non agi de latente alluvione; ſed tantum de momentanea inundatione; denique, rejecta Gloſſa in locum ſuum, Pomponium reſtituendum eſſe hoc modo.

> *Alluvio agrum reſtituit eum, quem impetus fluminis totum abſtulit. Itaque ſi ager, qui inter viam publicam & flumen fuit, inundatione fluminis occupatus eſſet,* † *ſed eodem impetu receſſu fluminis reſtitutus; ad priſtinum dominum pertinet: flumina enim cenſitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum. Itaque ſicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus eſſet, fuiſſet publicus: ita nunc privatus ejus eſſe debet, cujus antea fuit.*

Nec opus habeo lucem facere lectioni per ſe claræ. ſaltem hoc eam commendabo nomine: quod idem refert, quod ipſe Pomponius in *d. l.* 23. *D. Quibus modis uſusfructus amittitur.* Verba Pomponii ſubjeci.

> *Si ager, cujus uſusfructus noſter ſit, flumine vel mari inundatus fuerit, amittitur uſusfructus: cum etiam ipſa proprietas eo caſu amittatur: ac ne piſcando quidem retinere poterimus uſumfructum. Sed quemadmodum, ſi eodem impetu diſceſſerit aqua, quo venit, reſtituitur proprietas, ita & uſumfructum reſtitui dicendum eſt.*

† Sive paulatim occupatus eſt, ſive non paulatim.

CAPUT II.

1. *In conſtituendis prædiorum ſervitutibus neceſſariam eſſe vicinorum utilitatem.* 2. *Eam utilitatem non terminari ſemper uſu & neceſſitate dominantis prædii; ſed quandoque porrigi latius, etiam ad domini commodum ac voluptatem, plenius, quam ſolet, oſtenditur.* 3. & 4. *Hotmani & Cujacii ſententiæ de intellectu verbi, ambulandi, quod eſt in definitione viæ & itineris, refutantur.* 5. *Explicatur difficilis Pauli locus in l.* 8. *D. de ſervitutibus.* 6. *Probatur fuſius, quid obſervandum ſit, ſi in Digeſtis occurrant Juriſconſultorum Fragmenta quorum alia habent regulam juris, alia conſuetudinem regulæ derogantem, adverſantemve.*

1. *Quotiens* (inquit Pomponius in *l.* 15. *D. de ſervitutibus*) *nec hominum nec prædiorum ſervitutes ſunt, quia nihil vicinorum intereſt, non valet: veluti, ne per fundum tuum eas, aut ibi conſiſtas. & ideo, ſi mihi concedas, jus tibi non eſſe fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque ſi concedas mihi, jus tibi non eſſe in fundo tuo aquam quærere, minuendæ aquæ meæ gratia.* Hæc Pomponius: optime definiens, etiam in prædiorum ſervitutibus tenendam eſſe regulam, qua demonſtratum & fixum eſt, quidquid ab homine fiat, id habere oportere ſuas cauſas; neque adeo eſſe quemquam a ratione alienum oportere, ut aut nocere alteri, aut imminuere alienam libertatem, præſumat; niſi ad eum aliqua utilitas perveniat, atque in ipſius commoditate ſubſideat.

2. Saltem dubitari ſolet; utrum ea utilitas ſit accipienda ſtricte, ut tantum complectatur quæ ad prædii dominantis uſum neceſſitatemque pertinent; an late, ut etiam contineat quæ magis ad domini commodum aut voluptatem ſpectant, quam ad utilitatem neceſſitatemque prædii. Dubitandi ratio duplex eſt: una, quod ad voluptatem comparata, plerumque habent plus oneris, quam commodi: altera, quod ſervitutes reales ſunt jura, non hominis, ſed prædii: ut oſtendit non modo auctoritas Juris *l.* 20. §. *ult. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum. l.* 86. *D. de verborum ſignificatione*; ſed & ſequens Lapis apud Gruterum, *pag.* 201. *Inſcript.* 3.

PER HANC
VIAM FVNDO

C. MARCI. CL
PHILERONIS
ITER. ACTUS
DEBETUR.

Et ideo nec ſine prædiis intelligi hæ ſervitutes §. 3. *Inſt. de ſervitutibus prædiorum. l.* 6. §. 2. & 3. *D. Si ſervitus vindicetur*; neque ultra prædii neceſſitatem extendi poſſunt *l.* 5. §. 1. *l.* 6. *l.* 24. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum.* Poſtremo ait Paulus *l.* 8. *D. de ſervitutibus*, *Ut pomum decerpere liceat, & ut ſpatiari, ut cœnare in alieno poſſimus, ſervitutem imponi non poſſe.* Sed placet, quod Franciſco Connano, V. CL. viſum *lib.* 4. *Comment. jur. civil. cap.* 7. *n.* 3. magis eſſe, ut ea utilitas non utique ex vero pretio, ſed magis ex utentis ſtudio affectuque, æſtimari debeat: nam etſi voluptatis materia in alienis negotiis a domini utilitate ſeparetur *l.* 3. §. 2. 3. 4. *D. de in rem verſo:* in perſona tamen domini qui commodo ſuo ſtudet, non damno alterius, rectius dicetur, ſuæ quemque rei, etiam in abutendo, moderatorem eſſe & arbitrum: ideoque utilia ei videri non tantum hæc quæ habent plus lucri, quam oneris: ſed illa quoque quibus plus impenditur, quam inde trahitur, commodi; ſi jucunditatem præſtent, ſi delicias, ſi quamvis non bono domini cedant, tamen in ejus negotium cedant *d. l.* 3. §. 6. *l.* 19. *D. de ſervitutibus*; ut vivaria, ut ductiones aquarum, ut plantationes, ut alia luxuriæ inſtrumenta. Itaque reſponſum eſt, licet prædia quædam talia ſint, ut magis in ea impendamus, quam de iis adquiramus, tamen uſumfructum eorum relinqui poſſe *l.* 41. §. 1. *D. de uſufructu:* nam poſſe dici, fructuarii intereſſe propter voluptatem *l.* 16. §. 1. *D. Quod vi aut clam.* Idem eſt in imaginibus & ſtatuis: quia & ipſæ habent aliquam utilitatem, ſi quo opportuno loco ponantur: ut refert Marcianus in *d. l.* 41. *in pr.* E contrario putat Ulpianus in *l.* 2. §. 11. & 12. *D. Ne quid in loco publico*, damnum pati eum, qui amittit commodum, quod ex publico conſequebatur, quale quale ſit: ut ſi cui proſpectus, ſi cui aditus ſit deterior, vel anguſtior. Atque hanc ſive amœnitatem, ſive utilitatem, non tantum cum homine conjungi; (ut credidit Gulielmus Fornerius *lib.* 2. *Selectionum cap.* 28.) ſed etiam cum prædio, una tam liquide arguit ſervitus proſpectus, & ne proſpectui officiatur, ut nihil ultra requiram. quidquid enim renituntur Interpretes; numquam tamen efficiunt, ut amœnitas ejus ſervitutis non modo cauſa, ſed & ſola cauſa, eſſe deſinat: nam poteſt ex inferiore loco eſſe; nec patitur, fieri quidquam, quod gratiori liberoque proſpectui adverſetur: ut Paulus & Ulpianus meminere in *l.* 15. & 16. *D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum.* accedit, quod hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, ſed pecoris cauſa vel amœnitatis vel uſus & commodi noſtri, aqua duci poſſit *l.* 1. §. XI. *l.* 3. *D. de aqua quotidiana & æſtiva*; quod actio confeſſoria mihi competit adverſus eum, qui ceſſit mihi talem ſervitutem, ut in parietem ejus tigna mihi immittere liceat, ſupraque ea tigna, verbi gratia, porticum ambulatoriam facere, ſuperque eum parietem columnas ſtructiles imponere, quæ tectum porticus ambulatoriæ ſuſtineant *l.* 8. §. 1. *D. Si ſervitus vindicetur*; quod iter eſt jus eundi, ambulandi homini; denique, via definitur jus eundi, agendi, & ambulandi *l.* 1. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum.*

3. Clamabunt forte hic Interpretes, cum Franciſco Hotmano, V. CL. in *d. l.* 1. ſic accipiendum eſſe *ambulandi* verbum; quaſi diceretur, commeandi ad res vicino prædio neceſſarias, non ſpatiandi animi cauſa ac valetudinis. Sed reſpondebo, non eſſe temere recedendum a proprietate verborum, a qua Jus Civile non abhorret: differre autem (ut Auſonius Popma jam animadvertit *lib.* 1. *De differentiis verborum*) ire & ambulare hactenus: quod qui it, is porro pergit, ſeu tranſit, fere plenus negotii: is vero, qui ambulat, plerumque otioſus ſpatiatur, & ſpatiis factis in ſua veſtigia revertitur, ſanitatis amœnitatisve cauſa: atque eo ſenſu Suetonius *in Auguſto c.* 83. *Mox*, inquit, *nihil aliud, quam vectabatur, & deambulabat, ita ut in extremis ſpatiis ſubſultim decurreret.*

4. Clamabunt quoque cum doctiſſimo Cujacio *lib.* 22. *Obſerv. c.* 35. non denegandam habenti iter eſſe ambulationem: quamvis alioquin jus ambulandi ſpatiandique per ſe non ſit ſervitus aut jus prædii: non enim continere prædii utilitatem, nedum neceſſitatem; ſed tantum hominis amœnitatem, aut ſanitatem, reſpicere. At non magis auſculto: nam ut omittam ea quæ de aquæductu, & de proſpectu, dicta ſunt; teſtis eſt Ulpianus in *d. l.* 8. §. 1. valere ſervitutem; ut liceat mihi, tigna immittere in vicini parietem, ſupraque ea tigna porticum ambulatoriam facere. at ſi ea valet, cur non ſimiliter valeat ſervitus, ut ſpatiari, ut ambulare, mihi in tuo liceat? non enim intereſt, utrum in porticu, an in fundo, ambuletur; nec magis ambulatoria porticus ad prædii utilitatem aut neceſſitatem pertinet, quam jus in alieno ſpatiandi ſine porticu. His adjice, quod conſequentiæ, quia plerumque parum in uſu juris conſiderantur, paſſim a definitionibus removentur. itaque ſi jus ambulandi foret annumerandum his, quæ magis per conſequentiam, quam principaliter, veniunt: idem viæ atque itineris definitionibus non fuiſſet inſertum: ut vel ex collatione actus viæque intelligitur apud Ulpianum *l.* 1. *D. de ſervitutibus ruſticorum prædiorum:* quamquam enim is qui actum habet, iter quoque habeat, eoque uti ſine jumento poſſit, ſimiliter ut in via obſervatur: conſtat tamen, eundi facultatem ab actus definitione excludi; non excludi a deſcriptione viæ: quia tam iter, quam actus, viæ naturaliter ineſt; neque magis via ſine itinere, quam ſine actu, conſtituitur.

Sed

Sed e contrario jus agendi in actu venit ex vi ac proprietate verbi; jus eundi tantum ex præſumpta paciſcentium mente: ideoque poteſt actus ſine itinere, ſicut iter ſine actu, haberi: ut belle diſputat Franciſcus Duarenus *lib.* 1. *Diſputat. anniverſ. cap.* 31. & ipſe Cujacius *dicto loco* non ignorat. quod ſi eſt: perſpicuum eſt, quod dixi, ſervitutem prædii recte conſtitui ob amœnitatem aut aliud quale quale commodum: quod etſi principaliter non reſpiciat fundi neceſſitatem; fundi tamen eſſe creditur: modo id actum ſit, ut poſſeſſorem ejus perpetuo ſequatur; & ſic connexum cum fundo, eum quacumque ratione faciat pretioſiorem.

5. At, *Ut pomum decerpere liceat*, [*&*] *ut ſpatiari*, [*&*] *ut cœnare in alieno poſſimus, ſervitus imponi non poteſt l.* 8. *D. de ſervitutibus.* Hic locus doctiſſimum quemque Interpretem turbavit adeo: ut alii propter eum negaverint, jura pomi decerpendi, itemque cœnandi, & ſpatiandi, in alieno prædiorum ſervitutibus annumerari: alii ea ne perſonarum quidem ſervitutibus accenſeri voluerint. *vid. Accurſius*, *& Duarenus ad d. l.* 8. *Fornerius dicto loco*, *Cujacius d. lib.* 22. *Obſervat. cap.* 35. *& lib.* 24. *Obſerv. cap.* 22. Verum cum manifeſtiora ſint argumenta quæ ſupra attuli pro contraria parte, quam ut diſſimulari queant; calculum meum hiſce non adjicio. Nec magis aſſentior viris clariſſimis, Johanni Coraſio & Eguinario Baroni: volentibus, hanc eſſe Pauli ſententiam, Ut pomum decerpere, ut ſpatiari, ut cœnare, in alieno liceat, ſervitus imponi non poteſt; ſi conſtituatur ab aliquo qui non ſit ſervientis prædii dominus; aut ſi concedatur alicui qui non habeat prædium, vel non habeat prædium vicinum. Eſt enim hæc mera fictio, neque verbis Juriſconſulti ſubnixa, nec alias habens rationem. utique cum ſit commune viæ, actui, itineri, cæteriſque omnibus ſervitutibus; ut neque poſſint ab alio concedi, quam a ſervientis fundi domino, neque ab alio adquiri, quam cui vicinum prædium eſt: quid opus fuit, ſpecialiter in his exprimi, quod omnibus inhæret? Probabilius eſt, (hæc mea conjectura) hoc loco uſu venire, quod Julianus ſcribit *l.* 51. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam*, multa eſſe Jure Civili contra rationem diſputandi recepta; ideoque ut alibi, ita hic, ſeparandam eſſe regulam a conſuetudine regulæ contraria: quippe etſi ab initio ita jus fuerit, ut ſervitutibus non annumerarentur quæ tantum haberent cauſam voluptatis; quia prædia prædiis propter ipſius prædii utilitatem ſervirent, nec prodeſſe videretur ſervitus, quoquo modo profutura, *arg. l.* 23. *D. de pactis*: deinde tamen fuiſſe conſuetudini datum, ut ſervitus non minus ad amœnitatem, quam ad uſum prædii, conſtitui poſſet. Et movet me, quod Pomponius lib. 34. Ad Sabinum, *Hoc*, inquit, *jure utimur*, *ut etiam non ad irrigandum*, *ſed pecoris cauſa vel amœnitatis*, *aqua duci poſſit l.* 3. *D. de aqua quotidiana & æſtiva.* Item, quod Ulpianus in *l.* 1. §. XI. *D. eod. tit.* *Illud*, inſit, *quæritur*, *utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur*, *quæ ad agrum irrigandum pertinet*, *an vero omnis*, *etiam ea*, *quæ ad uſum & commodum noſtrum? Et hoc jure utimur*, *ut hæc quoque contineatur. Propter quod*, *etiamſi in urbana prædia quis aquam ducere velit*, *hoc interdictum locum habere poteſt.* Senſus enim eſt, moribus obtinuiſſe adverſus rigorem juris, ut non tantum ad irrigandum, id eſt, ad uſum neceſſitatemque prædii; ſed etiam ad quodlibet commodum noſtrum, ut pecoris, vel amœnitatis, cauſa aquæductus poſſit conſtitui. Quare perinde habenda res eſt, ac ſi Paulus hoc ſcripſiſſet modo: Ut pomum decerpere, ut ſpatiari, ut cœnare in alieno liceat, ſervitus quidem imponi non poteſt: attamen, ſi imponatur, utilis erit impoſitio: hoc enim jure utimur.

6. Quod miror non eſſe obſervatum a viris doctis: qui alioquin optime habuere compertum id quod res eſt, omne pene Jus noſtrum conſtare centonibus: in quibus pleraque compluribus locis, ſed non eadem peræque dexteritate, tradita, chimæras continent inextricabiles; ſi ſola ſine aliis penſitentur: intellectum vero non effugiunt; ſi, omnium locorum facta comparatione, is qui parum recte aut minus plene deſcriptus eſt, ope planioris adjuvetur: prout etiam in emerſuris quandoque contrarietatibus obſervari, jam olim voluit Juſtinianus in *l.* 2. §. 15. *C. de vetere jure enucleando*: & præterea facile poteſt clareſcere ex collatione §. 4. *Inſt. Qui teſtamento tutores dari poſſunt* cum *l.* 27. *D. de tutoribus datis ab his*: quibus locis nihil obſcurius, ubi disjuncta: negat enim Juſtinianus, tutorem certæ rei vel cauſæ dari: at idem affirmat Hermogenianus. e contrario illis nihil tranquillius, ſi conjuncta: regulam enim habet Imperator; conſuetudinem Juriſconſultus; ſed poſteriorem, ſed utilem. Non ſolvere hoc, inquis, eſt nodum, ſed implicare: nam cum omnia ſua fecerit Imperator, neceſſe eſt, tam ſuam feciſſe regulam, quam conſuetudinem. Verum id eſt, (ſic enim ego puto) cur potius conjungenda ſingula, quam univerſa dividenda, videantur: neque enim temere in hoc Juſtiniani opere captanda eſt ſuſpicio contradictionis: quæ ſi alibi abſurda, præterea in legibus periculoſa, eſt: denique in propoſitis ſpeciebus, non dicam, poteſt evitari commode, ſed ſine calumnia non poteſt ſtatui: niſi quis de Imperatoris ſententia tum etiam dubitandum cenſet; ubi ipſe, quid ſentiat, exponit. Atqui in *l.* 12. *& ſeqq. D. de teſtamentaria tutela* conſuetudinem hanc cum regula conjungit, ſed ita, ut regulæ vim ac poteſtatem moribus ſolutam eſſe appareat. ſic enim ex Ulpiano, ex Pomponio, ex Marciano, ſcribit. *Certarum rerum vel cauſarum te-*

teſtamento tutor dari non poteſt, nec deductis, rebus, & ſi datus fuerit, tota datio nihil valebit, quia perſonæ, non rei vel cauſæ tutor datur. Si tamen tutor detur rei Africanæ vel rei Syriaticæ, utilis datio eſt: hoc enim jure utimur. Simile exemplum occurrit in acceptilatione: nam quamquam conſtet, acceptilationem eſſe actum legitimum *l.* 77. *D. de regulis juris*, civilem ſolutionem, non naturalem *l.* 107. *D. de ſolutionibus*; tamen Græce poteſt fieri, & tollere honorarias obligationes, & ſervum accepto liberare: quia hoc jure utimur, ut Juris gentium ſit acceptilatio *l.* 8. §. *ult. D. de acceptilatione.* Similiter connectenda eſt *l.* 23. *D. de pactis* cum *l.* 25. §. 2. *D. eod. tit.* ne cui dolus ſuus per occaſionem Juris civilis proſit. *l.* 1. §. 1. *D. de doli mali & metus exceptione.*

CAPUT III.

1. *Quemadmodum accipiendum ſit, quod ſæpiuſcule legitur apud noſtros, ſervitutem prædii non poſſe prædii neceſſitatem excedere.* 2. *Explicatur Pomponius in l.*24. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum.* 3. *Illuſtratur Ulpiani locus perobſcurus in l.*1. §. 16. *D. de aqua quotidiana & æſtiva.* 4. *Aliorum de eo ſententiæ refelluntur.* 5. *Africani verus ſenſus in l.* 33. §. 1. *D. de ſenvitutibus prædiorum ruſticorum.* 6. *Explicatur l.*12. *C. de ſervitutibus & aqua.* 7. *Explicatur Ulpianus in l.*1. §. XI. *& ſeq. D. de aqua quotidiana & æſtiva, & Pomponius in l.*3. *D. eod. tit.* 8. *Laudatur Cujacii ſententia in l.*5. §. 1. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum.* 9. *Tentatur reſtitutio & explicatio Pauli in l.*6. *D. dict. tit.* 10. *Jura prædiorum, conceſſa perſonis earum cauſa, utrum habeant vicem obligationis perſonalis, an perſonalis ſervitutis? Hæc ſententia probatur: ſed & illa in* §. 11.

1. Quod ſuperiore dixi capite, ſervitutes prædiorum voluptatis amœnitatiſque cauſa non inutiliter conſtitui; adhuc minus planum videbitur diſſentientibus Doctoribus: niſi hic paulo fuſius explicetur vetus dubitatio, utrum ſervitus prædii ultra ejus neceſſitatem extendi poſſit. nemo enim dixerit, ob amœnitatem prædio rite imponi ſervitutem, quæ ultra ejus neceſſitatem porrigi nequit: niſi idem prædii neceſſitatem cum amœnitate confundendam eſſe exiſtimet: quod non videtur. Sed quid eſt? dividenda regula a conſuetudine, quæ regulæ derogavit. Placuit, prædii ſervitutem ejus neceſſitate terminari: & eſt ratio definitionis: quia ſervitutis nulla eſt ſervitus *l.* 1. *D. de uſu & uſufruct. legat.* denique, ſervitutes prædiorum ſunt jura prædiorum, non hominum *l.* 6. §. 2. *&* 3. *D. Si ſervitus vindicetur. l.* 20. §. *ult. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum:* & ideo dicuntur prædia qualiter ſe habentia; id eſt, qualitates quædam prædiis perinde inhærentes, uti his ſalubritas, bonitas, amplitudo, inhærent *l.* 86. *D. de verborum ſignificatione. l.* 12. *D. Quemadmodum ſervitutes amittuntur.* Hæc regula. Sed regulam limitavit conſuetudo: maxime, ſi id quod fundi neceſſitatem excedit, aut uſum habet innoxium, aut pactis conventis nititur. Eſt vero ejus exceptionis duplex ratio: una, quod nihil eſt tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt, ſervari: altera, quod nemo poſtulat invidioſum jus: quod ſibi profuturum eſt, & alteri non nociturum: utique, malitiis, quibus nihil laturus quis eſt, niſi ut alteri officiat & obſtet, indulgendum non eſſe, etiam æquitas ſuadet; etſi jure deficiamur: ut infra latius traditum capite ſeptimo; & ab Ulpiano indicatum in *l.* 1. §. *ult. & l.* 3. *pr. &* §. 2. *D. de rivis.*

2. Nec repugnat hoc Pomponii in *l.* 24. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum.*

> *Ex meo aquæductu Labeo ſcribit, cuilibet poſſe me vicino commodare. Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam ſervitus adquiſita eſt, uti ea poſſim. Proculi ſententia verior eſt.*

Eſt enim Pomponio verior Proculus: cum non intervenit pactum, ut liceat alteri commodare, & interim ſervienti fundo nocet aquæ commodatum. cæterum ſi innoxium ſit commodatum, aut alioquin pactum de commodando intervenerit; Pomponio verior videtur Labeo. ita, ſi ad ſubtile examinentur ſingula; Proculo accedit Pomponius: ſin ad æquitatem & uſum; magis Labeoni. Indicavi Pomponii ſenſum meo modo. ſuum ſequuti ſunt Viri Clariſſimi, Jacobus Cujacius, *ad d. l.* 24. *in Oper. Poſth. tom.* 4. *part.* 1. & Jacobus Labittus, *Uſu quarto Indicis ad Pand. leg. n.* 35. deluſi Pomponii verbis, *Proculus contra*, & *Proculi ſententia verior eſt:* quibus Labeonem reprehendi credidere. Sed aliter ſe res habet. nam hæ loquendi formulæ apud Veteres non utique ſunt reprehendentis ſententiam falſam: ſæpe ſunt nolentis captari veram. id, poſt hæc tertium edita oſtendi *libro De forma emendandi doli mali c.* 1. *ad finem:* ubi, ſi vacat, vide. Interim non ſilebo:

lebo: (eſt enim firmum meæ interpretationis munimentum) quod a Labeone in propoſito adeo non abhorret Pomponius, ut ejus ſententiam manifeſte probet apud Paulum *l.* 2. *D. de rivis.*

3. Sed & Ulpianus utramque Pomponii ſpeciem quam ſollicite, tam convenienter Labeoni, tractat *l.* 1. §. 16. *D. de aqua quotidiana & æſtiva.* quod eo diligentius moneo: ne quis vel hic corrumpatur auctoritate Cujacii & Labitti; exiſtimantium, Labeonis ſententiam uſu Veterum fuiſſe neglectam; ideoque proponi ſaltem apud Ulpianum; cum a Proculo apud Pomponium *d. l.* 24. reprehendatur. Verba Ulpiani ex *d. l.* 1. §. 16. hæc ſunt.

Illud Labeo dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, ejuſdem numero eſſe. Ergo & ſi forte actor confinem agrum emerit, & ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, poſtea fundi empti nomine velit aquam ducere: ita demum eum recte hoc Interdicto, ut de itinere actuque, uti putant: ut ſemel in ſuum ingreſſus, inde egredi qua velit, poſſit. niſi ei nocitum ſit, ex quo aquam ducit.

Ulpianus utramque Pomponii ſpeciem, quamquam ſubobſcure, tamen convenienter meæ & Labeonis, ſententiæ interpretatur: & poſteriorem quidem; cum ſic ſcribit. *Illud Labeo dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, ejuſdem numero eſſe.* Senſus enim eſt, Labeonem velle, Titium, verbi gratia, ſi habeat aquæductum tantum ad certam fundi partem; poſſe etiam ad aliam fundi partem cui ſervitus adquiſita non ſit, aquam ducere; modo ſi, ut in fine adjicitur, fundo ſervienti non noceat: itaque in hoc caſu omnes partes illius fundi in quem ducitur aqua loci, id eſt, aqua ſaltem debita loco, ſeu portioni fundi (diſtinguitur enim locus a fundo, ut hic, ita in *l.* 26. *D. de adquirenda poſſeſſione. l.* 64. §. *fin. D. de evictionibus*; & eſt locus, teſte Ulpiano in *l.* 60. *D. de verborum ſignificatione*, non fundus, ſed portio aliqua fundi; fundus autem integrum aliquid) omnes, inquam, partes illius fundi in quem ſine damno fundi ſervientis ducitur aqua, loco quidem, ſed non fundo debita, ejuſdem numero eſſe: hoc eſt, ejuſdem loci ac portionis jure, conditione, & modo contineri; etſi alioquin univerſæ partes non habeant ſervitutem. Hactenus Ulpianus ex Labeone de aqua loci: de qua in *d. l.* 24. agit poſterior Pomponii ſpecies. Atque inde in *d. l.* 1. §. 16. porro ſic infert etiam ad alteram Pomponii ſpeciem. *Ergo & ſi forte actor confinem agrum emerit, & ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, poſtea fundi empti nomine velit aquam ducere, ita demum eum recte hoc interdicto, ut de itinere actuque, uti putant, ut ſemel in ſuum ingreſſus inde egredi, qua velit, poſſit. niſi ei nocitum ſit ex quo aquam ducit.* Senſus Ulpiani eſt: Si aqua loci; id eſt, ſi aqua non integro Titii fundo debita, ſed certo ejus fundi loco, poteſt a Titio commodari etiam alii loco, quam cujus eſt aquæductus: ergo Titius, ſi aquæductum comparavit fundo Tuſculano, verbi gratia; & deinde emat fundum Cornelianum ei confinem: etiam poterit huic fundo aquam cedere ex aquæductu, etſi alioquin ad eum non pertinente: modo nec ſic noceat ſervienti fundo. quemadmodum iter actumve habens ad certum fundum, cum eum ingreſſus eſt, poteſt inde quo velit, egredi etiam ad alios fundos, ad quos iter aut actus alioquin non pertinet: uſque adeo, ut ſi impediatur ſic ire agere, cum interim non nocet ſervienti fundo; etiam recte interdicto de itinere actuque uti poſſit. quod ſi eſt: idem dicendum de interdicto de aqua quotidiana & æſtiva: prorſus, ut actor qui hoc anno aquam duxerit in fundum ſuum, ſi deinde emerit agrum ei confinem, & ex agro in quem hoc anno aquam duxerit, poſtea, etiam fundi empti nomine velit aquam ducere, poſſit interdicto de aqua quotidiana experiri; ſi prohibeatur, aquam ex fundo, quaſi poſſidente aquæductum, ducere ad fundum alterum qui eum non poſſideat: utique, niſi nocitum ſit fundo ei ex quo aquam ducit.

4. Scio, alios alio pergere itinere; ideoque hæc Ulpiani verba, *Illud Labeo dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, ejuſdem numero eſſe*, referre ad *l.* 9. *D. de ſervitutibus*, & *l.* 13. §. 1. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum.* Etiam ſcio, ex verbis, *ut ſemel in ſuum ingreſſus inde egredi, qua velit, poſſit*, ſic colligi, quaſi dominantis fundi dominus non poſſit quidem quidquam ex aquæductu aliis aut ſibi gratificari, antequam in ſuum fundum aqua pervenit; ſed tamen poſſit ſibi aut aliis cedere aquam, poſteaquam ad fundum ſuum penetravit. Verum mihi neutra placet ſententia. non prior: quia, ſi ea verba ſic interpreteris, quaſi tantum velit Labeo, ſervitutem, fundo debitam, omnibus ejus partibus deberi: non erit ſenſus verborum (*in quem loci aqua ducitur*); nec conſtabit ſequens illatio in verſu, *Ergo & ſi forte*: cum ea illatio ab Ulpiano ibi perinde fiat a parte ad totum; ut a Proculo & Pomponio eſt facta in *d. l.* 24 eoque pertinet ad infringendam aut molliendam juris regulam: cui in *d. l.* 24. inhæreri volebat & Proculus & Pomponius; niſi ex ſententia Labeonis aliud ſuaderet aut innoxius uſus, aut pactum conventum: ut ſupra dictum. Non magis placet mihi poſterior ſententia: quia ut demus, aquam demum poſſe vicinis cedi, cum ad fundum dominantem pervenit: ea tamen gratificatio non magis ad prædii uſum ac neceſſitatem pertineret, quam ubi aqua ad fundum nondum pervenit. Sed & tralatitium eſt, non eſſe in iſtis Juriſconſultorum Fragmentis temere argumentandum a contrario ſenſu. ita non ſequitur, Ulpianus ait, aquam, in fundum ingreſſam, vicinis commodari poſſe: proinde, antequam ingreſſa ſit fundum, commodari

non

Digitized by Google

non poteſt. nam adjecta exceptio, *niſi nocitum ſit fundo ſervienti*, generalior eſt, quam ut eam ferat conſequentiam. præterea refert Paulus, atque ex Pomponii ſententia, in *l. 2. D. de rivis*, poſſe aquam & ex rivo (id eſt, ex itinere aquæ *l. 19. D. Quemadmodum ſervitutes amittuntur*) domino fundi in quo rivus eſt, dari a domino fundi dominantis. Non igitur dubium eſt: quin aqua vicinis etiam prius commodari poſſit, quam ad fundum dominantem profluxit: hoc eſt, quin regulam Juris conſuetudo mitigarit, vel Pomponio teſte: cujus eſt *d. l. 24. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum*.

5. In primis cum & Africanus ipſi adſtipuletur *l. 33. §. 1. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum*; ubi ſic ſcribit.

Per plurium prædia aquam ducis quoquomodo impoſita ſervitute; niſi pactum vel ſtipulatio etiam de hoc ſubſequuta eſt, neque eorum cuivis, neque alii vicino poteris hauſtum ex rivo cedere: pacto enim vel ſtipulatione intervenientibus, & hoc concedi ſolet: quamvis nullum prædium ipſum ſibi ſervire, neque ſervitutis fructus conſtitui poteſt.

Hæc Africanus: manifeſte oſtendens, regulis Juris neque ſuæ rei ſervitutem, neque ſervitutis fructum ſeu ſervitutem, conſtitui poſſe: ideoque per plurium prædia aqua ducta, aliquando hæſitatum eſſe; liceatne ei cui aquæductus competit, prædiorum dominis, vicinisve aliis, ex aquæductu gratificari; ſive, ut Africanus loquitur, hauſtum ex rivo cedere: nam ſi illis concedatur aqua; reſiſtere regulam quæ ſuam cuique rem negat ſervire: ſin iſtis; lædi aliam qua prohibetur ſervitutis ſervitus, ſeu ſervitutis fructus, conſtitui. placuiſſe tamen utilitatis cauſa, hujuſmodi regulis tunc demum locum eſſe; ſi ſimpliciter ſit conſtituta ſervitus; id eſt, niſi in conſtitutione ſervitutis aliter convenerit: nam pactis & ſtipulationibus intervenientibus & hoc concedi ſolere; ut quæ ſervitus ex rigore Juris non valet ultra uſum prædii, ea nihilominus prætoria tuitione ſubſiſtat.

6. Denique, ut non modus prædiorum, ſed ſervitus, aquæ ducendæ terminum faciat *l. 12. C. de ſervitutibus & aqua*: id eſt, ut ego interpretor, non prædiorum modus aut neceſſitas aut quantitas, ſed conſtitutæ ſervitutis placitum. Ita ſane ſervitutem & Ulpianus accipit in *l. 3. §. 14. D. de itinere actuque privato*: cum, *Uti*, inquit, *jus eſt, hoc eſt, ſicuti per ſervitutem impoſitam licet*: pro per pactum conventum quod in imponenda ſervitute intervenit.

7. At præter ſuperiora adhuc probat utramque, quam dixi, non regulam modo, ſed & conſuetudinem ei contrariam, Ulpianus *l. 1. §. 11. D. de aqua quotidiana & æſtiva*: nam agens de interdicto de aqua quotidiana & æſtiva, quod ad tuendam quaſi poſſeſſionem ſervitutis aquæductus pertinet, ſic loquitur. *Illud quoque quæritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quæ ad agrum irrigandum pertinet, an vero omnis, etiam ea, quæ ad uſum quoque & commodum noſtrum? Et hoc jure utimur, ut hæc quoque contineatur. Propter quod, etſi in urbana prædia quis aquam ducere velit, hoc interdictum locum habere poteſt.* Sic Ulpianus: addo & Pomponius *lib. 34. ad Sabinum*. Verba Pomponii *l. 3. D. eod. tit. Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, ſed pecoris cauſa vel amœnitatis aqua duci poſſit.* Uterque ſignificat, hoc jure nos uti, tametſi ratio Juris adverſetur: ut aqua duci poſſit non tantum ad irrigandum agrum, id eſt, non tantum ad agri neceſſitatem: de qua ita Columella *lib. 2. De re ruſtica c. 17. Ejus igitur* (prati) *animadvertimus duo genera, quorum alterum eſt ſiccaneum, alterum riguum. Læto pinguique campo non deſideratur influens rivus, meliuſque habetur fœnum quod ſuapte natura ſuccoſo gignitur ſolo, quam quod irrigatum aquis elicitur, quæ tamen ſunt neceſſariæ, ſi macies terræ poſtulat.* Significat, inquam, uterque, & Ulpianus, & Pomponius, hoc jure nos uti: ut aqua duci poſſit non tantum ad irrigandum agrum, propter quod aquæductus, etiam id interdictum ab initio receptum videtur ex §. 13. *d. l.* 1.; ſed etiam ad amœnitatem & aliud qualecumque commodum noſtrum quo occaſione ſive urbani, ſive ruſtici prædii, non noſtro beneficio, fruimur: id eſt, ut dicitur in *d.* §. 13. & 14. quamvis ad rigandos agros non ſit neceſſaria, & ſive intra urbem, ſive extra urbem ſit. Tantum uſus valuit; poſtquam habere cœperunt Veteres non modo ad rigandos agros, id eſt, ad eorum neceſſitatem, ſed in hortis quoque, &, ne de his dicam, etiam in ædibus ſuis ac tricliniis & cubiculis, curipos ſuos & flumina cum ad diverſos uſus, tum ad amœnitatem. De his Seneca *lib. 3. Natural. quæſt. c. 17. Quanto incredibiliora ſunt opera luxuriæ, quotiens naturam aut mentitur aut vincit? In cubili natant piſces, & ſub ipſa menſa capitur, qui ſtatim transferatur in menſam.* Etiam Plinius *lib. 5. Epiſt. 6.* Verba Plinii. *Eſt & aliud cubiculum a proxima platano viride & umbroſum, marmore exſculptum podio tenus: nec cedit gratiæ marmoris ramos inſidenteſque ramis aves imitata pictura, cui ſubeſt fonticulus. In hoc fonte crater, circa ſiphunculi plures miſcent jucundiſſimum murmur.* Statius, *in Tiburtino.*

An picturata lucentia marmora vena
Mirer, an emiſſas per cuncta cubilia lymphas?

Rurſus Seneca *lib. 1. Natural. quæſt. in præfat. Non poteſt ante contemnere porticus & lacunaria ebore fulgentia & penſiles ſylvas & derivata in domos flumina, quam* &c. Idem *De tranquillitate animi c. 1. Jam domus etiam qua calcatur pretioſa, & divitiis per omnes angulos diſſipatis, tecta ipſa fulgentia, & aſſectator comeſque patrimoniorum pereuntium populus. Quid perlucentes ad imum aquas, & circumfluentes ipſa convivia, quid epulas loquar?* Vides delicias & luxu-

riam

riam civium Romanorum, immane quantum, recedentem a vetere ſimplicitate, ſive ruſticitate. Illa tamen poſtquam invaluit, quid mirum, ſi qui graſſati ſunt per mores tales, tandem neglexerint majorum ſeveritatem, atque adeo cœperint hoc jure uti contra regulam Juris; ut quæ aqua ad domini ſive amœnitatem ſive aliam qualem qualem utilitatem pertineret, ea videretur ad dominantis prædii utilitatem ac ſervitutem referri, & idcirco etiam interdicto contineri. At in interdicto quo de agunt Juriſconſulti in *d.* §. XI. & *d. l.* 3. non reſpicitur; utrum utilis & neceſſaria prædio ſit aqua; an ad voluptatem aut aliud quale quale commodum ducta: quemadmodum nec quæritur, utrum aqua jure, an ſecus, debeatur *l.* 1. §. 10. *D. eod. tit.* ſcilicet, quia in actionibus quæ de ſervitutibus ſunt, jus verſatur, in interdictis factum *l.* 2. §. *fin. D. Si ſervitus vindicetur*: itaque ex illo titulo, quæ prædii, quæque perſonæ, ſit aut ſervitus, aut obligatio, parum recte evincitur. Verum quis non videt, hæc magis diverſa, quam contraria eſſe? In interdictis factum verſatur, non jus: numquid ergo obtinet interdictum, ſimul atque aqua ducta eſt? in interdicto non quæritur, jure debeatur aqua: ergo nihil refert, ſervitus Jure Civili eſſe poſſit, nec ne? Quin potius dicimus, ſi conſtet, ductam eſſe aquam quæ ſervitutem non reſpuit; tum non quæri; utrum jure debeatur aqua ex domini voluntate; an ſine jure ducta ſit: alterum enim, quia facti eſt, in interdictum; alterum, quia juris, in proprietatis quæſtionem, venire. Ipſe certe Ulpianus auctor eſt in *l.* 1. §. 5. *& 6. D. de aqua quotidiana & æſtiva*, Prætorem loqui de ea ſola aqua quæ perennis eſt: nec de perenni tantum, ſed quæ duci poteſt. Et in §. 7. *ejuſdem loci* ait, hæc interdicta de aqua, item de fonte, pertinere ad eam aquam quæ a capite ducitur, non aliunde: nam harum aquarum etiam ſervitutem Jure Civili poſſe conſtitui. Unde conſequens eſt, ut quibus caſibus Jure Civili poteſt valere ſervitus aquæductus, iiſdem quoque interdictum locum habeat: quibus autem ſervitus non poteſt valere, nec iis quidem interdictum obtineat: quippe ad obligationes perſonales non pertinens *arg. l.* 2. *D. Quorum bonorum.* Poſtremo, cum volunt Juriſconſulti, ad interdictum omnein pertinere aquam; ſive habeat amœnitatem; ſive pecoris uſum; ſive aliud qualecumque prædii commodum quod non utique ejus neceſſitatem concernit: tum neceſſe eſt, ut poſſe etiam omnium harum aquarum conſtitui ſervitutem cum prædii, tum perſonæ, ſignificent: nam de utraque prædiali ſervitute, hoc eſt, & ruſtica & urbana, agi in *d.* §. XI, de perſonali vero in *d.* §. 12. *ibidem ſequente*, clare intelligitur ex connexione ejuſdem loci: certe ubi dixit Ulpianus in fine §. XI. *Propter quod, etiamſi quis in urbana prædia aquam ducere velit, hoc interdictum locum habere poteſt*; deinde ſubjungit in §. 12. *Præterea Labeo ſcribit, etſi quidam ductus aquarum non ſint fundi, quia quocunque* (in aliis libris eſt, *quia a quocunque*) *duci poſſunt, tamen ad hoc interdictum pertinere*: id eſt, ad interdictum non tantum pertinent prædiorum ſervitutes, enarratæ in *d.* §. XI; ſed Labeo ſcribit, præter eas, etiam huc pertinere aquæductus, qui non ſunt fundi, ſed perſonæ; quia quocumque poſſunt duci, ut in *l.* 37. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum*, vel, ſi mavis, a quocumque, ſubintellige, prædium non habente.

8. Quid tamen? Ait Neratius apud Ulpianum in *l.* 5. §. 1. *D. eodem titulo*, *Ut maxime calcis coquendæ & cretæ eximendæ ſervitus conſtitui poſſit, non ultra poſſe, quam quatenus ad eum ipſum fundum opus ſit.* Sed id ſic accipiendum eſt, ut non ultra poſſit ex regula Juris, vel certe, ſi ſimpliciter conſtituatur ſervitus; eo quod tum contrahentes id dumtaxat voluiſſe creduntur, propter regulam *l.* 47. *D. de obligationibus & actionibus*: poſſit vero, ſi omnia ſint contraria; quamquam non ipſo jure, ſed tuitione Prætoris: ut curioſe obſervateque animadvertit vir doctiſſimus, Jacobus Cujacius *lib.* 3. *Obſerv. cap.* 28.

9. Nec obſtat, quod ex Paulo ſubjicitur *in l.* 6. *D. eod. tit.*

> *Veluti ſi figulinas haberet, in quibus ea vaſa fierent, quibus fructus fundi exportarentur; ſicut in quibuſdam ſit, ut amphoris vinum evehatur; aut ut dolia fiant, vel tegulæ [vel] ad villam ædificandam. Sed ſi, ut vaſa venirent, figulinæ exercerentur, uſusfructus erit.*

Nam, ſi ſequentia Pauli verba cum his conferes; apparebit, eum, quoquo eum modo convertas, eo in capite nihil aliud agere, quam ut oſtendat, omnem difficultatam, ſitne realis, an perſonalis ſervitus, eſſe hac una componendam diſtinctione: utrum prædio cohæreat, ſervitus, an perſonæ; eamque diſtinctionem non tantum in iis obtinere ſpeciebus quæ ad uſum prædii referuntur, ſed in hiſce quoque quæ habent aut commoditatem aut quam aliam utilitatem perſonæ: ut evenit in figulinis, arenariis, & lapidicinis, verbi gratia; quæ proprie non ſunt rei ruſticæ; nec tamen ob id a bono patrefamilias ruſtico negliguntur, ſi haberi poſſint. Varro *lib.* 1. *De re ruſtica c.* 4. *Sed neque lapidicinæ, neque arenariæ ad agriculturam pertinent, ſic figulinæ, neque ideo non in quo agro idoneæ poſſint eſſe, non exercendæ atque ex eis capiundi fructus.* Tamen, ne quem fallam, non eſt hoc Pauli Fragmentum nimis planum: vereor ſane, ne in eo conturbatus eſſe videatur ſcripturæ ordo: quo facilius verba legis quintæ ac ſextæ cohærerent, & Juriſconſultus ante verſum (*Quid ergo &c.*) tractarit nonnulla quæ magis aut fructum prædii augent, aut hominem utilitate aliqua aut commoditate beant, quam ut ad fundi neceſſitatem deſiderentur. abſque enim iis eſſet, parum recte conjungere-

tur cum ſuperioribus, quod in ſequentibus dicitur de jure tugurii in alieno habendi: nam id, ſi verum amamus, non tam facit ſupplendæ fundi neceſſitati, quam ibi exigere vulgo creditur Paulus; quam ad evitandam aëris inclementiam, id eſt, ad hominis commoditatem, pertinet. Varro *lib.* 2. *De re ruſtica c.* 17. *Qui autem ſunt in ſaltibus, & ſylveſtribus locis paſcunt, & non villa, ſed caſis repentinos imbres vitant.* Itaque ſuſpicor, Paulum, pene retentis iiſdem verbis quæ exſtant in *d. l.* 6. ſibi reſtitui poſſe ad hunc modum.

> *Item longe recedit ab uſufructu jus calcis coquendæ & lapidis eximendi & arenæ fodiendæ ædificandi ejus gratia, quod in fundo eſt: item ſylvæ cæduæ, ut pedamenta in vineas non deſint: item cretæ eximendæ, veluti ſi figulinas haberet, in quibus ea vaſa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur; ſicut in quibuſdam fit, ut amphoris vinum evehatur, aut ut dolia fiant vel tegulæ* [*vel*] *ad villam ædificandam. Sed ſi, ut vaſa venirent, figulinæ exercerentur, uſusfructus erit. Quid ergo, ſi prædiorum meliorem cauſam hæc faciant? Non eſt dubitandum, quin ſervitutis ſit. Et hoc* [*&*] *Mæcianus probat: in tantum ut & talem ſervitutem conſtitui poſſe putet, ut tugurium mihi habere liceret in tuo, ſcilicet ſi habeam paſcui ſervitutem, aut pecoris appellendi, ut ſi hiems ingruerit, habeam, quo me recipiam.*

Ea ſi placet reſtitutio: jam docebit Paulus, quod & ipſe alibi & cæteri auctores ſupra allegati, ſine ſcrupulo tradidere, poſſe in omnibus hiſce ſervitutibus non minus hominis commodum atque utilitatem, quam prædiorum neceſſitatem contineri; & tamen has prædiorum ſervitutes appellari: quia ad perſonam non ipſius cauſa, ſed beneficio prædii, deſcendunt: denique, meliorem faciunt prædii cauſam; eo quod plerumque ejus & pretium & reditum augent. cæterum, ſi quis ſui quidem cauſa, non autem prædii ratione, habeat jus faciendi aliquid in fundo alterius; ei deberi illud non vi perſonalis obligationis, (ut voluit Accurſius ad *l.* 8. *D. de ſervitutibus in verb. Non poteſt lit. N.* & ad *d. l.* 6. *in verb. uſusfructus lit. I.* item Jacobus Cujacius *lib.* 24. *Obſerv. cap.* 22.) ſed jure perſonalis ſervitutis.

10. Nam hoc nomine deſignatur in *l.* 4. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum*, & *l.* 1. *D. de uſufructu legato:* & præterea uſus appellatur; ſi quidem ad ſolius perſonæ neceſſitatem reſpiciat *l.* 37. *D. de ſervitutibus ruſticorum prædiorum:* imo uſusfructus dicitur *in principio d. l.* 6. ſi ad quemlibet perſonæ uſum ac fructum, id eſt, ad commodum ejus quodcumque permittatur, non ad ſolam neceſſitatem. Quod ſi eſſet mihi conſilium cavillari; optime oſtenderem *arg. d. l.* 5. *in princ.* etiam vindicari. Sed non fert inſtituti mei ratio, inanibus verbis ſtudioſo lectori imponere; & verum eſt, quod eruditiſſimus Labittus, *Uſu ſecundo Indicis ſui ad Pandectarum leges n.* 1. obſervat ex titulis capitum, oportere eum locum connecti, non cum capite quarto præcedente, ſed cum fine capitis tertii; ſenſum autem eſſe: Ergo ſecundum eum (Neratium) & vindicari poterit iter ad flumen publicum: de quo Ulpianus in §. 3. *d. c.* 3. diſſeruerat convenienter ſententiæ Neratii libro tertio Membranarum.

11. Plane, ſi quæ incidant ex quibus clareat, hanc fuiſſe aut teſtatoris aut contrahentium voluntatem; ne conſtituerent ſervitutem in rem, neque in perſonam: tunc exiſtimaverim, dumtaxat perſonam aut heredis aut promiſſoris illi cui datur, obligari. Idque eſt, cur annuus reditus, de fundo promiſſus in *l. ult.* §. 1. *D. de contrahenda emptione*, vendito eo fundo, emptorem fundi non oneret; & cur annua ex prædiis Potitianis legata prædiis Lutatianis, mortua legataria, finiantur in *l.* 12. *D. de annuis legatis:* tametſi in rerum ſervitutibus utrumque aliud ſit *l.* 47. *D. de contrahenda emptione*, *l.* 36. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum:* quin & in perſonarum ſervitutibus ſic obſervetur; ut, cui hæ competunt, is actionem confeſſoriam habeat adverſus quemcumque poſſeſſorem *l.* 5. §. 1. *D. Si ſervitus vindicetur. l.* 2. *&* 3. §. 1. *Cod. de uſufructu.* Principio enim multum intereſt: utrum prædium ita deſignetur aut a teſtatore aut a venditore, ut potius prædium, quam perſona, obligetur reditus nomine; an idem prædium tantum demonſtrandi cauſa nominetur *arg. l.* 27. §. *fin. D. de legatis lib.* 3. *l.* 12. *D. de alimentis legatis:* & viciſſim, utrum perſonæ detur reditus propter prædium ſuum; an prædio detur propter perſonam *l.* 4. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum:* quod poſtremum magis eſt in *d. l.* 12. *D. de annuis legatis:* quia ibi prædia proponuntur fuiſſe in diverſis pagis; id eſt, prædia erant non vicina: qualia in materia realium ſervitutum requiri, notiſſimi juris eſt. Deinde notandum, quod in iiſdem ſpeciebus non ipſe legatarius, emptorve reditus, jubetur eum percipere; ſed jubetur reditus præſtationem ab herede aut venditore exſpectare; id vero reluctari naturæ ſervitutum, nemo eſt qui non videat. Saltem quod ad prædiales ſervitutes attinet, perſpicuus locus eſt in *l.* 15. §. 1. *D. de ſervitutibus*; & de perſonalibus quid habendum ſit, apparet ex collatione *l.* 20. *D. de uſufructu* cum *l.* 38. *D. de uſufructu legato:* ut & ipſe Accurſius bene notavit ad *d. l.* 20. *in verb. ſi quis ita lit. Q.* & ad *d. l.* 12. *D. de annuis legatis in verb. Neque perſonam lit. H.* nam cum in altera dixiſſet teſtator, fructus annuos fundi Corneliani Gajo Mævio do lego; reſpondit Ulpianus, perinde accipiendum hunc ſermonem, ac ſi uſusfructus fundi eſſet legatus: idemque confirmat Javolenus in *l.* 41. *D. de uſufructu legato:* cauſatus, quod videtur ea

fuiſſe

ſuiſſe mens teſtatoris. Sed hæc unde? ex verbis do, lego: quæ cum directa ſint ad legatarium (teſte Ulpiano *tit.* 24.) intelligitur teſtator, legatario his facere poteſtatem vindicandi ſumendique ſibi fructus annuos; & adeo in dubio magis uſumfructum, quam fructus, id eſt, magis jus, quam corpora, legare: quia qui jure poteſt aliquid facere in alieno, invito domino, huic comparata eſt ſervitus; ſi ad vicini prædii commodum, in rem; ſin ad uſum fructumve perſonæ, vel uſus vel uſusfructus. Porro cum in altera lege teſtator e contrario dixiſſe proponeretur, *fundi Albutiani reditus uxori meæ, quoad vivat, dari volo*; reſponſum eſt, differre illud a legato uſufructu. nimirum, quia non fuit hic teſtator directis verbis uſus, ſed obliquis: uxori, inquiens, dari volo: neque igitur voluit, legatariam fructus jure ſuo percipere aut vindicare; magis voluit, illam fructus ab herede petere: uſusfructus autem non eſt jus aut percipiendi aut petendi fructus ab herede; ſed jus utendi fruendi re aliena.

CAPUT IV.

In actione pigneratitia plerumque præſtari culpam levem, in commodato etiam leviſſimam. Emendatur l. 13. §. 1. D. de pigneratitia actione, rejecta opinione Accurſii, Contii, Cujacii, Jacobi Gothofredi.

Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. Commodati vel contra* ſic definit. *Ubi utriuſque utilitas vertitur, ut in pignore, ut in ſocietate, & dolus & culpa præſtatur. Commodatum autem ſolam utilitatem plerumque continet ejus, cui commodatur, & ideo verior eſt Q. Mucii ſententia exiſtimantis & culpam præſtandam & diligentiam.* Sic Ulpianus: cum quo paria facit Gajus in *l.* 18. *D. eod. tit.* Idem tamen Ulpianus *l.* 13. §. *fin. D. de pigneratitia actione* refert, *Venire in hac actione* (pigneratitia) *& dolum & culpam, ut in commodato; venire & cuſtodiam: vim majorem non venire.* Imo capite ſequente 14. ſcribit rurſum Paulus, *Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in ſuis rebus præſtare ſolet, a creditore exigi.* Seditionem hanc, utcumque manifeſtam, diſſimulat Accurſius variis modis. Primum ſic interpretatur verba Ulpiani in *d. l.* 13. §. 1. quaſi veniat in actione pigneratitia & dolus & culpa, ut in commodato utriuſque gratia contracto; non accipientis, non dantis tantum: quia culpa illo caſu major, hoc levior, præſtatur. Deinde putat, culpam quidem in pignore venire, ut in commodato: non tamen tantam, quanta venit in commodato: id eſt, non tamen, ut diligentia modum excedens a creditore, ut a commodatario, per omnia exigatur; ſed quam diligens paterfamilias in ſuis rebus præſtare ſolet. Ita Accurſius; ſed magis ſubtiliter, quam vere: ut cenſet Antonius Contius ad *l.* 23. *D. de regulis juris:* ipſe dicens porro, Græcos candidiores annotaſſe, creditorem ante ſolutum pignus præſtare diligentiam exactiſſimam, & qualem commodatarius; ſed poſt ſolutum pignus culpam tantum levem: nam hoc caſu pignus, non ut pignus, ſed ut depoſitum, apud creditorem manere. Sic Contius. Verum & hæc reſponſio pridem rejecta eſt a Jacobo Gothofredo, Juriſconſulto egregio, ad *d. l.* 23, ut mihi videtur, non temere: quia auctor eſt Ulpianus in *d. l.* 5. §. 2. in depoſito, ubi nulla verſatur utilitas ejus apud quem deponitur, merito dolum ſolum præſtari: niſi forte & merces acceſſerit; tunc enim conſtitutum, ut & culpa exhibeatur; aut ſi ab initio convenit, ut & culpam & periculum exhibeat is penes quem deponitur. Quamquam, ſi hæc concedas Græcis, itemque Contio, adhuc vereri poſſis, ut oporteat ea accommodari ad verba *d. l.* 13. §. 1: nam quoquo modo Ulpianum accipias, ſive fingas, eum regulam tradere, ſive ſingulares pignoris ac commodati ſpecies, ſemper ex iiſdem verbis plus in pignore, quam in commodato, eſſe fatearis, neceſſe eſt. Numquid aliud ſignificat illud, *Venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in commodato, venit & cuſtodia?* enimvero, ſi in ea culpa venit, ut in commodato, ſi præterea etiam venit cuſtodia; conſequens erit, ut in commodato dumtaxat culpam levem, in pigneratitia vero actione leviſſimam quoque, præſtari oporteat. At tantum ea diligentia, quam in ſuis rebus adhibere ſolet diligens paterfamilias, a creditore exigitur *d. l.* 13. non talis, qualem quiſque diligentiſſimus paterfamilias ſuis rebus adhibet, & qualem obſervare etiam debet commodatarius *d. l.* 18. *d. l.* 5. §. 2. Ergo inconſtantiam Juriſconſultorum, imo Ulpiani, accuſamus, cum Jacobo Gothofredo? an, cum viro ſummo, Jacobo Cujacio *lib.* 19. *Obſerv. c.* 24. exiſtimamus, ut in commodato, ita in pignore, diſtinguendum eſſe, utrum dantis, an accipientis, an utriuſque, gratia contrahatur; &, ſi dantis cauſa fiat ſive commodatum, ſive pignus, dolum ſolum & latam culpam venire; ſin accipientis, etiam leviſſimam; denique, ſi utriuſque gratia, non ulterius, quam ad levem, obligari ut creditorem, ita ſimiliter commodatarium? Non videtur: quia & Cujacii ſententia incidit in ſuperiora Contii incommoda; & vereor, ut Gothofredo adſentiendum ſit. Quid tandem? unius, quod mireris, literulæ non deprehenſa corruptio tantæ cauſam difficultati obtulit. Cum ſcripſiſſet

Ulpianus, *at in commodato*; feſtinans Librarius pro *at* repoſuit *ut :* lapſus fortaſſe ſimilitudine literarum *a & u.* quamobrem, mutatis rurſus literis, tranſpoſitaque diſtinctione, non tantum non Gajo ac Paulo, ſed neque ipſe ſibi, Ulpianus adverſabitur. reſtituetur vero, quod & ipſa evincit connexio *d. l.* 13. §. 1. *& d. l.* 14. pene hoc modo. *Venit autem in hac actione & dolus & culpa ; at in commodato venit & cuſtodia : vis major non venit.* Id eſt, venit in hac actione dolus, lata & levis culpa: at in commodato hoc plus eſt, quod in eo quoque venit cuſtodia: verum prætcrea vis major non venit neque in commodato, neque in pignore. Itaque procedit Pauli collectio *d. l.* 14. *Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in ſuis rebus præſtare ſolet, a creditore exiguntur.* plura infra *lib.* 4. *c.* 3.

CAPUT V.

Quare videatur Ulpianus injuriæ propulſationem in explicatione juris naturalis omiſiſſe in l. 1. §. 3. *D. de juſtitia & jure, nova ratione declaratur.*

Marcus Tullius loco illo notiſſimo *Pro Milone* ait, hanc eſſe non ſcriptam, ſed natam legem, quam non didicimus, accepimus, legimus: verum ex natura ipſa arripuimus, hauſimus, expreſſimus: ad quam non docti, ſed facti: non inſtituti, ſed imbuti ſumus: ut, ſi vita noſtra in aliquas inſidias, ſi in vim, ſi in tela aut latronum aut inimicorum incidiſſet, omnis honeſta ratio eſſet expediendæ ſalutis. Neque vero id ſolus Cicero, ſed etiam plerique alii, cum Philoſophi, tum Juriſconſulti, quaſi exploratum tradidere. Adeo credebant, id jus nec ratione indigere, nec diſputatione: ſentiri enim, ut calere ignem, nivem eſſe albam, dulce mel, quorum nihil oportere exquiſitis rationibus confirmare, tantum ſatis eſſe admonere. Itaque Paulus ait in *l.* 45. §. 4. *D. ad legem Aquiliam*, vim vi defendere omnes leges, omniaque jura, permittere. Et idem Cicero *libro* 1. *De officiis* vult, ejuſdem juris eſſe defenſionem ſui, cujus eſt maris & feminæ conjunctio, cujus procreatio & educatio liberorum, quas juris naturæ, & quidem primarii, eſſe, hodie nemo dubitat Interpretum. Verba Ciceronis appoſui. *Principio generi animantium omni eſt a natura tributum, ut ſe, vitam corpuſque tueatur, declinetque ea, quæ nocitura videantur, omniaque, quæ ſint ad vivendum neceſſaria inquirat & paret, ut paſtum & latibula, ut alia ejuſdem generis. Commune item animantium omnium eſt conjunctionis appetitus procreandi cauſa, & cura quædam eorum, quæ procreata ſunt.* At ſicut maris & feminæ conjunctionem liberorumque educationem a natura deſcendere, cuncti largiuntur, propter doctrinam Ulpiani in *l.* 1. §. 3. *D. de juſtitia & jure :* ita timent complures, teſte Franciſco Connano *lib.* 1. *Comment. jur. civil. c.* 4. *n.* 7. *& ſeqq.* ne in injuriæ propulſatione aliud dicendum ſit ; eo, quod Ulpianus in declaratione juris naturalis tantum enumerat matrimonium, & curam cum procreandæ, tum educandæ, prolis, omiſſa ſui defenſione ; perinde quaſi illa fere ejus juris exſtent exempla, iſta ad aliam juris partem, id eſt, ad jus gentium pertineat. Sed hi in manifeſto verſantur errore: licet enim Ulpianus in recitandis naturæ effectibus prætereierit defenſionem ſui ; verius tamen eſt, eum id alio, quam creditur, feciſſe conſilio. Si fidem dicti quæris: dabo teſtem gravem, &, quod dici ſolet, exceptione majorem: neque enim cuiquam poteſt in hac ſpecie dubia eſſe Ulpiani auctoritas, de cujus ſententia ambigitur : is vero libro 69 ad Edictum refert, vim vi repellere licere, Caſſium ſcripſiſſe, idque jus natura comparari *l.* 1. §. 27. *D. de vi & de vi armata :* hoc eſt, ex primis naturæ naſci, non ex diſputatione rationis. Quamobrem ſic cenſeo, non eſſe hic facile argumentandum ab incluſione unius ad excluſionem alterius: poſtremo, nil aliud egiſſe Ulpianum in *d. l.* 1. §. 3, quam ut neglectis iis quæ perſpicua eſſent, ſaltem de obſcurioribus diſſereret : nam, cum apud omnes in confeſſo eſſet, quo referri deberet injuriæ propulſatio, tamen de conjunctione maris & feminæ, deque procreatione & educatione liberorum, a Philoſophis diſputabatur, utrum a natura eſſent, nec ne: ut docet Cicero *De finibus libro* 4. ubi ſic ſcribit. *Hoc ſummum bonum, quod certa ſignificatione intelligitur, eaque vita quæ ex ſummo bono degitur, quia conjuncta ei virtus eſt, in ſapientem ſolum cadit. Iſque finis bonorum, ut ab ipſis Stoicis ſcriptum, a Xenocrate atque ab Ariſtotele conſtitutus eſt. Itaque ab iis conſtitutio illa prima naturæ, a qua tu quoque primum ordiebare, his prope verbis exponitur. Omnis natura vult eſſe conſervatrix ſui, ut & ſalva ſit & in genere conſervetur ſuo. Ad hanc rem ajunt artes quoque exquiſitas, quæ naturam quoque adjuvarent, in quibus ea numeretur in primis, quæ eſt vivendi ars, ut tueatur, quod a natura datum ſit, quod deſit, adquirat: iidemque diviſerunt naturam hominis in animum & corpus, quumque eorum unumquodque per ſe expetendum eſſe dixiſſent, virtutes quoque utriuſque eorum per ſe expetendas eſſe dicebant, quum animum quadam infinita laude anteponerent corpori, virtutes quoque animi bonis corporis anteponebant. Sed quum ſapientiam totius hominis cuſtodem & procuratricem eſſe vellent, quæ eſſet naturæ comes & adjutrix, hoc ſapientiæ munus eſſe dicebant, ut eum tueretur,*

tur, qui conſtaret ex animo & corpore, in utroque juvaret eum, atque contineret. Atque ita re primo ſimpliciter collocata, reliqua ſubtilius perſequentes, corporis bona facilem quandam rationem habere cenſebant, de animi bonis accuratius exquirebant: inprimiſque reperiebant ineſſe in his juſtitiæ ſemina, primique ex omnibus Philoſophis natura tributum eſſe docuerunt, ut hi, qui procreati eſſent, a procreatoribus amarentur, & id, quod temporum ordine antiquius, ut conjugia virorum & uxorum natura conjuncta eſſe dicerent, qua ex ſtirpe orirentur amicitiæ cognationum. Quo ex loco non tantum clare intelligitur, quæ fuerit Veterum hac de re ſententia, ſed præterea veriſimile fit, Ulpianum non hoc animo inter cætera naturæ effecta non recitaſſe defenſionem ſui, quod ſuſtineret, illam excludere a primis naturæ; ſed quod animadverteret, de reliquis potiorem eſſe dubitationem, utrum a natura, an ab aliô jure procedant.

CAPUT VI.

Defenditur recepta lectio l. 35. D. de injuriis, & l. 13. §. 1. D. de jurisdictione adverſus Antonii Fabri, Jacobi Cujacii, Antonii Goveani, Scipionis Gentilis, emendationem ſententiamque.

Ulpianum libro tertio De omnibus tribunalibus ſic ſcripſiſſe, legimus in *l. 35. D. de injuriis.*

Si quis injuriam atrocem fecerit, qui contemnere injuriarum judicium poſſit ob infamiam ſuam & egeſtatem, Prætor acriter exequi hanc rem debet, & eos, qui injuriam fecerunt, coërcere.

Ait, Prætorem acriter exequi hanc rem debere, & eos qui injuriam fecerunt, coërcere; cum quæri poſſit, unde hæc Prætori coërcitio? in provinciis enim ad Præſidem, Romæ ad Præfectum Urbis, pertinuiſſe, non ad Prætorem, ex eodem Ulpiano intelligitur in *l. 1. §. 3. D. de pœnis*, & Modeſtino in *l. ult. D. de in jus vocando.* quin imo, ſi quis ob facta atrociora in tutela admiſſa apud Prætorem fuerit accuſatus, ab eodem remitti debet ad Præfectum Urbis graviter puniendus; ut ipſe Ulpianus refert in *l. 1. §. 8. D. de ſuſpectis tutoribus*, item *l. 1. §. 7. D. de officio Præfecti Urbis.* Igitur Ulpianus ſecum diſſidet? an aliud eſt in injuriis, aliud in cæteris cauſis? an (quod viſum Scipioni Gentili, Viro Clariſſimo, *De juriſdictione lib. 3. cap.* XI.) intereſt, quod Juriſconſultus in *d. l. 35.* conjunctim loquitur de perſona & egena & infami? Nihil horum: generalis ſermo eſt Ulpiani in *l. 1. in pr. & §. 3. D. de officio Præfecti Urbis*, Præfecturam Urbis omnia omnino crimina ſibi vindicaſſe: & igitur omnia tam privata, quam publica crimina *d. l. 1. §. ult. D. de pœnis*, nec minus injuriarum cauſam, quam furti, quam tutelæ. Adhæc certi juris eſt, injuriarum damnatos generaliter infames fieri Edicto Prætoris, & tamen tantum humilioribus perſonis infligi corporalem pœnam; ſed a Præfecto Urbis aut Præſide; cæteros vero non coërceri ea pœna, ſed vel exilio temporali, vel interdictione certæ rei, vel alia conſimili ratione, etiam Hermogenianus meminit in *l. ult. D. de injuriis*, & Calliſtratus in *l. 28. §. 2. D. de pœnis.* Quid ergo? emendandus eſt textus, atque ex Notis pro *Prætore* reſtituendus *Præfectus?* id mavult Antonius Faber, vir acuti & præſtantis ingenii, *lib. 4. Conjectur. cap.* 8. Sed ego a recepta lectione non recedo: quia novum non eſt, ut Prætoris appellatio non Prætorem modo proprie ſic dictum ſignificet, ſed & Proconſulem, ſed & Legatum Cæſaris, ſeu Præſidem, ſed & Præfectum Vigilum, & Ædilem. Itaque apud Tacitum legitur *lib. 1. Annalium cap.* 74. Granium Marcellum Prætorem Bithyniæ majeſtatis poſtulatum eſſe a Quæſtore ipſius Cæpione Criſpino. Nec quidquam ibi mutandum; tametſi de ſcriptura ambigat doctiſſimus Lipſius poſt Mercerum: quod Salmaſius monuit ad Julii Capitolini Marcum Antoninum *pag. 32. verſ. 7.* Sed & idem Tacitus *lib. 2. Annal. cap.* 56. ait, Comagenis Q. Servæus præponitur tum demum ad jus Prætoris tranſlatis: pro ad jus provinciæ cui præerat Præſes aut Proconſul; ut etiam Lipſius ibidem vidit. Similiter apud Ulpianum legitur in *l. 13. §. 1. D. de juriſdictione. Magiſtratus vel is, qui in poteſtate aliqua ſit, ut puta Proconſul, vel Prætor, vel alii, qui provincias regunt, judicare jubere eo die, quo privati futuri eſſent, non poſſunt.* Ubi *Proconſul* vel *Prætor* eſt Proconſul vel Proprætor, vel Legatus Cæſaris, ſeu Præſes. nec opus, cum Antonio Goveano *ibidem num.* 13. reponere, Proprætor, vel Pro prætore; ut nec, cum Cujacio, Conſul vel Prætor. Pomponius quoque in *l. 5. D. de verborum obligationibus* ait, Prætorias ſtipulationes ſic exaudiri oportere, ut in hiſce & contineantur ædilitiæ. Sed & Paulus *lib. 1. Sententiarum tit. 15. Si quadrupes damnum intulerit* ſic loquitur: Feram beſtiam in ea parte, qua populi iter eſt, colligari Prætor prohibet. ubi Prætorem Cujacius recte interpretatur Ædilem. Præterea in Notis Valerii Probi exſtat, PR. VIGIL. id eſt, *Prætor Vigilum vel Præfectus:* eumdemque etiam Juſtinianus *in Novell.* 13. Prætorem plebis appellitat. Quare quid ceſſo, Prætorem latiore ſignificatione accipere apud Ulpianum in *d. l. 35:* ut quos in *d. l. 1. §. ult. D. de pœnis* in ea-

dem ſpecie diſtinxit Præfectos & Præſides, eos in *d. l.* 35. generali Prætoris vocabulo complectatur: nam de hiſce loquutum eo loci eſſe Ulpianum, indicio eſt ipſius capitis Inſcriptio, quæ habet *Ulpianus lib.* 3. *De omnibus tribunalibus.*

CAPUT VII.

1. Res jure naturæ communes & res jure naturæ publicas apud Veteres pro iiſdem accipi in tractatu de rerum diviſione, oſtenditur contra communem Interpretum ſententiam. 2. In rebus jure naturæ communibus numerari non tantum aërem, aquam profluentem, mare, littora, ſed flumina etiam & portus, nec non res privatas ſingulorum, quæ habent utilitatem, concedenti non gravem. 3. Communionem iſtam non eſſe meri beneficii, nec meræ liberalitatis, ſed neceſſitatis cum naturalis, tum interdum etiam civilis, adverſus Johannem Seldenum probatur pluribus. add. §. 4.

1. Q*uædam* (inquit Tribonianus *in pr. Inſt. de rerum diviſione*) *naturali jure communia ſunt omnium, quædam publica, quædam univerſitatis, quædam nullius, pleraque ſingulorum. Et quidem naturali jure communia ſunt omnium hæc, aër, aqua profluens, & mare, & per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere probibetur, dum tamen a villis & monumentis & ædificiis abſtineat, quia non ſunt juris gentium, ſicut eſt mare. Flumina autem omnia & portus publica ſunt. Ideoque jus piſcandi omnibus commune eſt in portu fluminibuſque. Riparum quoque uſus publicus eſt jure gentium, ſicut ipſius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere cuilibet liberum eſt, ſicut per ipſum flumen navigare, ſed proprietas earum illorum eſt, quorum prædiis hærent: qua de cauſa arbores quoque in iiſdem natæ eorumdem ſunt. Littorum quoque uſus publicus eſt & juris gentium, ſicut & ipſius maris, & ob id cuilibet liberum eſt caſam ibi ponere, in quam ſe recipiat: ſicut retia ſiccare, & ex mari deducere: proprietas autem eorum poteſt intelligi nullius eſſe: ſed ejuſdem juris eſt, cujus & mare & quæ ſubjacet mari terra vel arena.* Hæc Tribonianus: cujus definitio poſtquam juſta eſſe & conveniens Veterum ſententiæ credita eſt; inquirere certatim in vera publicarum & communium rerum diſcrimina cœperunt, qui tum ejus, tum affinium aliquot locorum interpretationem meditati ſunt præſtantiſſimi viri, Cujacius, Donellus, Zaſius, Marcilius, Vinnius, alii. Sed hi, quamquam laborioſe ac ſubtiliter pleraque ſint perſequuti, non tamen potuere adferre quidquam, quod ſolidam earum rerum ſaperet differentiam: ſimul atque enim ad exempla ſingularum pervenitur; apparet ſtatim, quæ communia, eadem publica, & quæ publica, eadem communia, a Veteribus appellari: ex nominum vero uſu ac conſuetudine judicatu eſt non admodum difficile, quid de effectis quoque hujus diſtinctionis habendum ſit. Inter quæ circumfertur vulgo, ſed nullo jure, publica, quoad proprietatem, eſſe populi Romani, quoad uſum, omnium; communia vero uſu omnium, proprietate nullius, eſſe. Hinc ex communibus, quæ occupari poſſunt, occupanti in medio poſita eſſe, ex publicis non item: & ideo, qui mare aut littus ædificat, jure gentium ſuum ædificium facere; qui vero in flumine ædificat, nullo modo ſuum opus facere ſine publica auctoritate. Porro, flumen ab aqua fluminis ſeparari: aquam communem eſſe omnium hominum; flumen publicum: denique, aquam fluminis ad lavandum, ad potandum, univerſis ſine diſcrimine permitti; non permitti ad navigandum, ad piſcandum iis qui ſunt alterius civitatis.

2. Verumenimvero, ut tandem ipſe dicam, quod ſentio, Veteres publica & communia parili poteſtate accceperunt: neque intereſſe arbitrati ſunt, utrum quid publicum vocarent, an commune: ſed quod publicum eſſet, idem commune, & quod commune eſſet, idem publicum eſſe, voluere. quamquam, ſive quid publicum ſimpliciter dicerent, ſive commune, ſi nil præterea adderent, non mihi viderentur plena uſi eſſe oratione. adeo, cum & diſtincte loquerentur & pleno ſermone, dixerunt, quædam jure naturali eſſe communia omnium hominum; eaque alio nomine appellarunt publica jure naturali: quædam dixerunt eſſe communia jure civili, quæ alias publica jure civili, aut etiam univerſitatis appellarunt: ut ex ſequentibus apparebit. communia autem jure naturali vocarunt, non tantum hæc quæ in §. 1. *dict. tit. Inſt.* recitantur; ſed ea quoque quæ de fluminibus, portubus, ripis, in *ſeqq.* §§. adduntur: ut Michaël Attaliates indicat *tit.* 2. *Pragmaticorum*, his verbis. *Quædam ſunt univerſorum, ut aër, aqua fluens, mare, littus marinum, & amnes. propemodum & portus communes ſunt.* Neque hoc Attaliates tantum, ſed & Prudentius, probat *lib.* 2. *Adverſus Symmachum.* Verba Prudentii.

Nunc adſunt homini data munera legibus iiſdem,
Queis conceſſa ſemel; fons liquitur, amnis inundat,
Velivolum ratibus mare finditur, influit imber,
Aura volat tenuis, vegetatur mobilis aër,

Et

Et res naturæ ſit publica promptaque cunctis,
Dum ſervant elementa ſuum famulantia curſum.

Prudentius fontem, mare, imbrem, auram, & aërem, etiam amnem, ſive fluvium, vocat res naturæ publicas & promptas cunctis: id eſt, jure gentium publicas ſeu communes omnium hominum: ut idem loquitur paulo ante. Præter hos teſtatur Ulpianus quoque *l.* 24. *D. de damno infecto*, *Fluminum publicorum communem uſum eſſe, ſicut viarum publicarum & littorum.* Sed illa, & præterea portus, ac ripas, a Veteribus communia & publica dici pari ſenſu, adeo verum eſt: ut Marcianus libro 3. Inſtitutionum, id eſt, eo ex quo deſcripſit Tribonianus quæ ſupra attuli Inſtitutionum Fragmenta, res omnes dividat: non in quinque partes; nempe, communes, publicas, univerſitatis, nullius, & ſingulorum: ſed in partes quatuor; ſcilicet, communes, univerſitatis, nullius & ſingulorum: publicarum autem rerum quæ a rebus communibus, & univerſitatis, diverſæ ſejunctæque, & inter utraſque mediæ ſint, nominatim non meminerit: ſic enim ſcribit *l.* 2. *D. de rerum diviſione. Quædam naturali jure communia ſunt omnium, quædam univerſitatis, quædam nullius, pleraque ſingulorum, quæ variis ex cauſis cuique adquiruntur.* Pari igitur ſenſu acceperunt Veteres communia & publica jure naturali: dixeruntque illo jure publica, ſive communia, omnia quorum innoxius eſt uſus; atque adeo non tantum aërem, aquam profluentem, mare, & littora maris, quæ enumerantur in §. 1. *Inſt. de rerum diviſione*; ſed ea quoque quæ in ſequentibus ibi §§. de fluminibus, portubus, ripis, adduntur: utique, quatenus innoxiam habent utilitatem: nam huc ducunt *d. l.* 24. *D. de damno infecto*, *l.* 50. *D. de adquirendo rerum dominio*, & *l.* 3. §. 1. *D. Ne quid in loco publico*: neque alio ſenſu Virgilius *lib.* 7. *Æneid. verſ.* 229.

- - - Littusque rogamus
Innocuum, & cunctis auramque, undamque patentem.

Hoc amplius, Veteres etiam cætera privata bona, cum habent utilitatem domino non gravem, nec damnoſam, communium nomine & jure complexi ſunt. Itaque generaliter definit Marcus Tullius *lib.* 1. *De Officiis*, omnia communia hominum videri ea quæ ſunt generis ejuſdem quod ab Ennio poſitum in una re transferri per multas poteſt.

Ut homo, qui erranti comiter monſtrat viam,
Quaſi de ſuo lumine lumen accendat, facit,
Ut nihilominus ipſi luceat, cum illi accenderit.

additque idem Cicero, una ex re ſatis percipi, ut quidquid ſine detrimento poteſt commodari, id tribuatur cuique, vel ignoto: inde illa communia eſſe non prohibere aqua profluente, pati ab igne ignem capere, ſi quis velit, conſilium fidele deliberanti dare; quæ ſunt iis utilia, qui accipiunt, danti non moleſta: ideoque & his utendum eſſe, & ſemper aliquid ad communem utilitatem adferendum. ſed quoniam copiæ parvæ ſingulorum ſunt, eorum autem, qui his egeant, infinita eſt multitudo, vulgarem liberalitatem referendam eſſe ad illum Ennii finem: Nihilominus ut ipſi luceat, ut facultas ſit, qua in noſtros ſimus liberales.

3. Hæc ille, quæ ne quis putet, cum doctiſſimo Seldeno *lib.* 1. *De mari clauſo, ſive de dominio maris, cap.* 20. & *cap.* 23. eſſe meræ liberalitatis, ſeu meri beneficii, quod nullam habeat neceſſitatem, ne naturalem quidem, aperte diſtinguit Seneca *lib.* 4. *De Beneficiis cap.* 28. ea quæ in beneficiis numerantur, ab illis quæ ſunt communia jure naturali; idque primum, quia communia ſunt infra hujus nominis menſuram; deinde, quia non utique dignis tribuuntur, & tamquam beneficium; ſed negligenter, tamquam parva, & non homini damus, ſed humanitati: id eſt, philanthropiæ ſeu dexteritati cuidam benevolentiæque erga omnes homines promiſcuæ: ut id verbi Gellius *lib.* 13. *Noct. Attic. cap.* 15. item Nonius *De proprietate ſermonis cap.* 1. & Iſidorus *lib.* x. *Etymologic. lit. H.* interpretantur: vel ut noſtrorum lingua utar, obligationi naturali, ac juri generi humano communi: eamdem enim eſſe philanthropiam cum jure naturæ, perſpicuum eſt ex Ulpiano: qui remunerationem quam in *l.* 2. *D. de proxeneticis* philanthropiæ imputat, eam in *l.* 25. §. 11. *D. de hereditatis petitione* ait procedere ex naturali obligatione. Lactantius quoque cum vocem (*humanitatem*), tum ipſam rem locis compluribus Divinarum Inſtitutionum declarat (ni fallor) ſimiliter, potiſſimum tamen *lib.* 6. *cap.* x. & xi. Verba Lactantii adſcribenda putavi: ea ex *c.* x. hæc ſunt. Dixi, quid debeatur Deo: dicam nunc, quid homini tribuendum ſit: quamquam id ipſum, quod homini tribueris, Deo tribuitur, quia homo Dei ſimulacrum eſt. Sed tamen primum officium juſtitiæ eſt, conjungi cum Deo, ſecundum cum homine. Sed illud primum religio dicitur: hoc ſecundum miſericordia vel humanitas nominatur. Quæ virtus propria eſt juſtorum & cultorum Dei, quod ea ſola in ſe vitæ communis continet rationem. Deus enim, qui cæteris animalibus ſapientiam non dedit, naturalibus ea munimentis ab incurſu & periculo tutiora generavit. Hominem vero quia nudum, fragilemque formavit, ut eum ſapientia potius inſtrueret, dedit ei præter cætera hunc pietatis affectum, ut homo hominem tueatur, diligat, foveat, contraque omnia pericula & accipiat, & præſtet auxilium. Summum igitur inter ſe hominum vinculum eſt humanitas: quod qui diſruperit, nefarius & parricida exiſtimandus eſt. Sic capite x. Lactantius. capite autem xi. inter alia ſcribit, conſervandam eſſe humanitatem, ſi homines recte dici velimus. Id autem conſervare humanitatem, nihil aliud eſſe;

quam

quam diligere hominem, quia homo ſit, & idem quod nos ſumus. Præterea verum eſſe illud Ciceronis, quod ait, hominem naturæ obedientem homini nocere non poſſe. Proinde, ſi nocere homini contra naturam eſt, prodeſſe homini ſecundum naturam ſit, neceſſe eſſe. Quod qui non facit, eum hominis ſe appellatione diſpoliare, quia humanitatis officium eſt, neceſſitati hominis ac periculo ſubvenire &c. Nec aliter Seneca ad Lucilium *epiſt.* 95. Ecce (inquiens) altera quæſtio, quomodo hominibus ſit utendum. quid agimus? quæ damus præcepta? ut parcatur ſanguini humano? quantulum eſt ei non nocere, cui debeas prodeſſe? magna ſcilicet laus eſt, ſi homo manſuetus homini eſt. præcipiemus, ut naufrago manus porrigat, erranti viam monſtret, cum eſuriente panem ſuum dividat? quando omnia, quæ præſtanda ſunt ac vitanda, dicam, cum poſſim breviter hanc formulam humani officii tradere? omne hoc, quod vides, quo divina atque humana concluſa ſunt, unum eſt: membra ſumus corporis magni. natura nos cognatos edidit, cum ex iiſdem, & in eadem gigneret. hæc nobis amorem indidit mutuum, & ſociabiles fecit: illa æquum juſtumque compoſuit: ex illius conſtitutione miſerius eſt nocere, quam lædi: ex illius imperio paratæ ſunt ad juvandum manus. iſte verſus & in pectore, & in ore ſit; Homo ſum, humani nihil a me alienum puto. habeamus in commune, quod nati ſumus. Atque inde, quod Cicero refert *lib.* 3. *De officiis*, Athenis aliquando execrationibus publicis ſancitum, ut erranti via monſtretur. Et quod Auguſtinus cenſet, apud Gratianum in *c. notandum* 23. *quæſt.* 2. juſtum bellum geſtum eſſe a filiis Iſraël contra Amorrhæos, quia innoxius tranſitus denegabatur, qui jure humanæ ſocietatis æquiſſimo patere debebat. de quo etiam Hugo Grotius, Vir Clariſſimus, *lib.* 2. *De jure belli & pacis cap.* 2. Sed & Seneca pater *lib.* 1. *Controv.* 1. Quædam (inquit) jura non ſcripta, ſed omnibus ſcriptis certiora ſunt. quamvis filiusfamiliæ ſim, licet mihi & ſtipem porrigere mendico & humum cadaveri. iniquum eſt, collapſis manum non porrigere. commune hoc jus generis humani eſt. nemo invidioſum jus poſtulat, quod alteri profuturum eſt.

4. Sic Philoſophi Veteres. Quid noſtri illi Juſtitiæ Sacerdotes quos boni & æqui notitiam profeſſos, ac veram, non ſimulatam, philoſophiam affectaſſe, Ulpianus ait? nonne & ipſi hæc eſſe communia jure naturali voluerunt? Videtur: extant ſane hujus vinculi etiam apud ipſos non dubia veſtigia, atque ea interdum non ſine neceſſitate Juris Civilis. Nam etſi provinciæ Præſes uſu aquæ pluviæ vel quam ex fonte juris tui profluere allegas, contra ſtatutam conſuetudinis formam carere te non permittet; cum ſit durum & crudelitati proximum, ex tuis prædiis aquæ agmen ortum, ſitientibus agris tuis, ad aliorum vicinorum injuria propagari *l.* 1. *§.* 4. *D. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ actione*, *l.* 6. *&* 7. *Cod. de ſervitutibus & aqua*; reſponderunt tamen Sabinus & Caſſius, eamdem ſuperficientem ex vicini derivare in ſuum, dum opus in alieno non fiat, omnibus jus eſſe: prodeſſe enim ſibi unumquemque, dum alii non noceat, non prohiberi *d. l.* 1. *§.* 4. *&* XI. *l.* 1. *§.* 16. *D. de aqua quotidiana & æſtiva, juncta l.* 1. *§. fin. & l.* 3. *in pr. & §.* 2. *D. de rivis.* Sed & Paulus noſter *l.* 2. *§.* 5. *de aqua & aquæ pluviæ arcendæ*, cum vis aquæ aggerem qui in vicini fundo erat, dejeciſſe diceretur; indeque effectum eſſet, ut aqua pluvia mihi noceret; & dubitaretur, poſſemne vicinum indiſtincte cogere aquæ pluviæ arcendæ actione, ut aggerem vel ipſe reponeret, vel ipſe reponi ſineret: appoſite reſpondit, deficere quidem in quibuſdam quæ recitat, aquæ pluviæ arcendæ actionem; attamen in his utilem actionem vel interdictum mihi competere adverſus vicinum, ſi velim aggerem reſtituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodeſſe poteſt, tibi vero nihil nociturus eſt: nam hæc æquitatem ſuggerere, etſi jure deficiamur. credo, quia ut in pleriſque pactis, ita in dominiorum diſtinctionibus, quædam tacite excepta intelliguntur *l.* 9. *D. de ſervitutibus*; denique malitiis indulgendum non eſt, neque adeo quiſquam aberrare a ratione debet, ut nihil agat, quam ut noceat, & tantum in vacuis ludat inanitatis erroribus *arg. l.* 38. *D. de rei vindicatione*, & *l.* 3. *D. de operibus publicis*; quibus etiam publica lege, quatenus poteſt, occurri & ſolere & oportere, Ariſtoteles prudenter monuit, cujus *lib.* 2. *De Republica cap.* 5. verba hæc ſunt. *Quomodo autem nunc vivitur*, (ſcilicet ſine patrimoniorum communione) *hoc ſi & bonis moribus ornatum atque in ordinem adductum, & rectis legibus temperatum fuerit, non paulo præſtiterit. Habebit enim id quod ex utroque proficiſcitur commodi. Commodum autem ex utroque proficiſcens dico, & quod ex bonorum communione, & quod ex proprietate oritur. Oportet enim bona quodammodo communia eſſe, ſimpliciter & univerſe propria. Curationes enim bonorum diviſæ criminationes & querelas inter eos non gignent, ſed potius illa amplificabuntur & creſcent, unoquoque tanquam rei propriæ affixo atque incumbente. Propter virtutem vero ad utendi facultatem bona, ut eſt in proverbio, amicorum erunt communia. Cum autem etiam nunc in quibuſdam civitatibus hujuſcemodi conſuetudinis informata deſcriptio eſt, quaſi hoc non fieri poſſit; tum vero maxime in urbes celebres & civitates, quæ bene gubernantur, partim hujuſcemodi vivendi conſuetudo introducta eſt, partim introduci poſſit. Proprio enim quiſque & privato jure bona poſſidens ea facit, ut ſint utilia amicis, partim iis utitur ut communibus: exempli gratia,*

etiam

Digitized by Google

etiam Lacedæmone & ſervis utitur alter alterius, pene dicam, ut ſuis: & præterea equis & canibus & viatico, ſi quis forte in agris inanis & minus inſtructus opprimatur &c. Atque ejus generis quoque eſt, quod ait Divinus Moſes *in Deuteronom. cap. 23. ad fin.* Si ingrediaris vineam proximi tui, tunc comedere quidem uvas tibi pro deſiderio tuo ad ſaturitatem licere; at inſtrumento tuo indere non licere. Et ſi ſegetem proximi ingrediaris, decerpere quidem ſpicas manu tua poſſe, at falcem agitare in ſegetem proximi non poſſe. Et rurſus *cap. 24. verſ. 19. & ſeqq.* Quum metes meſſem tuam in agro tuo, ſi oblitus eris manipuli in agro ipſo, ne revertitor, inquit, ad accipiendum illum; peregrini, pupilli & viduæ eſto, ut benedicat tibi Jehova Deus in omni opere manuum tuarum. Quum excuties olivas tuas, ne racemos ſigillatim recognoſcito, poſtquam excuſſeris, peregrini, pupilli & viduæ eſto.

CAPUT VIII.

1. *Continuatur præcedens tractatus de rebus jure naturæ publicis & communibus.* 2. *Traditur vera ratio, cur eæ res publicæ appellentur; ſimul, quot modis res dicantur communes & publicæ jure civili.* 3. *Uſus eorum vocabulorum probatur late.* 4. *Non intereſſe, utrum res dicatur publica jure gentium, an publica & juris gentium.* 5. *Flumina, maria, littora, quatenus eſſe dicantur populi Romani.* 6. *Marcianus explicatur in* l. 2. & l. 4. §. 1. *D. de rerum diviſione.* 7. *Particulam* ſed *ſæpe uſurpari pro* ſed &c. 8. *Turbatum eſſe aliquid in principio Inſtitutionum de rerum diviſione.*

1. Ex his, quæ dicta ſunt ſuperiore capite, palam eſt, hoc eſſe naturæ jus, ut in pleriſque quæ habent commodum concedenti neque noxium neque moleſtum, ſive ea nullius in bonis ſint, ſive in alicujus dominium conceſſerint, quodammodo priſtina ſervetur communio. quamquam fateor, per excellentiam mari, aquæ profluenti, aëri, littoribus maris, fluminibus, portubus, ripis, & ſimilibus, id jus adſcribi ſolere: quia in illis frequentius uſu venit, ut una res poſſit pluribus prodeſſe ſine alterius damno, atque adeo eæ potiſſimum videntur natæ ad communem hominum uſum, quem Veteres alio nomine uſum publicum appellavere, & inde res ipſas publicas, item plenius, publicas jure gentium, ut flumina publica jure gentium, ripas publicas jure gentium, littora publica jure gentium *d. 1. Inſtit. De rerum diviſione* §. 2. 4. 5. Cur ita?

2. Hujus appellationis hactenus in obſcuro poſita ratio eſt; ideoque crux allegatis ſupra Interpretibus ea vocabula; atque inter eos etiam Viro Clariſſimo, Johanni Seldeno *d. lib.* 1. *De mari clauſo c. 14. ad fin.* Sed crucem tollit Seneca *lib. 4. De Beneficiis cap.* 28. ſic ſcribens. *Rex honores dignis dat, congiarium & indignis. Frumentum publicum tam fur, quam perjurus & adulter accipiunt, & ſine delectu morum, quiſquis civis eſt: cum aliquid eſt, quod tanquam civi, non tanquam bono datur, ex æquo boni ac mali ferunt. Deus quoque quædam in univerſum generi humano dedit, a quibus excluditur nemo. Nec enim poterat fieri, ut ventus bonis viris ſecundus eſſet, contrarius malis. Commune autem bonum erat patere commercium maris, & regnum generis humani relaxari. Nec poterat lex caſuris imbribus dici, ne in malorum improborumque rura deſluerent.* Hæc Seneca, plane pulchre, atque ad rem adcommodate: nam & mare & ventum & imbres vocat communia bona & in univerſum data, & præterea citat regnum generis humani. Inde, quæ communia bona, eadem publica ſunt, quia ad unumquemque qui eſt ſub regno generis humani, perinde pertinent, ut publicum frumentum & congiarium ſpectat ad univerſos qui ſunt in numero civium Romanorum. Itaque eſt, bona publica & communia eadem ſunt; ſed quemadmodum duplex eſt reſpublica; major una quæ eſt omnium hominum Deorumque; altera minor quæ eſt uniuſcujuſque populi, aut civitatis: ita bona, ſive publica, ſive communia, dupliciter accipienda: ſunt enim vel omnium hominum jure gentium publica ſive communia; vel ſunt publica ſive communia jure civili populi Romani, vel cujuſque alterius civitatis; ſive ſint in uſu ejus populi aut civitatis; ſive ſint in ejus pecunia, ſeu patrimonio: nam utraque publica appellantur *l. 6. D. de contrahenda emptione*; & proprie quidem, ſi ſint populi Romani; abuſive vero, ſi ſint alterius civitatis *l. 15. & 16. D. de verborum ſignificatione.* Cæterum, quæ ſunt jure civili publica, qualiacumque ſint, ea Marcianus *l. 2. & l. 6. §. 1. D. de rerum diviſione*, &, qui Fragmenta ſua ex illo deſcripſit, Tribonianus *pr. & §. 1. Inſt. eod. tit.* in rerum omnium diviſione non appellat publica, ſed univerſitatis; neque his aut aërem annumerat, aut aquam profluentem, aut mare, aut littora maris, aut etiam flumina & portus, aut ſimilia, quæ habent innoxium uſum. Non igitur voluit, ea jure civili populi Romani, id eſt, minoris reipublicæ, publica eſſe, ſed jure gentium, id eſt,

jure majoris reipublicæ omnium hominum publica eſſe. Nec tamen negem, flumina etiam publica, vel populi Romani, dici ſenſu eo quo omnia quæ imperio ejus continentur, vel populi Romani, vel publica appellantur. Verum is uſus hujus verbi, etſi elegans ſit, nec ſine ratione receptus, tamen non pertinet ad propoſitam ſive Marciani, ſive Triboniani, diviſionem: quia mare, littora, & ſimilia quæ ſub imperio populi Romani ſunt, perinde publica ſive populi Romani videntur, ac flumina quæ finibus ejuſdem populi continentur. Neque igitur flumina a mari & littoribus, quantum ad eum ſenſum attinet, diſtinguuntur. quin univerſa illa, cum vocantur publica vel populi Romani; non ita ejus dicuntur, ut hæc quæ in ejus proprietate aut patrimonio ſunt; (nam is ea, quatenus habent innoxium uſum, in medio reliquit uſui omnium) ſed ut ea quæ tantum in imperio & poteſtate ejus ſunt. Inter quæ quanta differentia ſit, multis oſtendit Seneca *De Beneficiis lib.* 7. *c.* 4. 5. & 6. ex quibus ſequentia adſcribam. *Jure civili omnia Regis ſunt, & tamen illa, quorum ad Regem pertinet univerſa poſſeſſio, in ſingulos dominos deſcripta ſunt, & unaquæque res habet poſſeſſorem ſuum. Itaque dare Regi & domum & mancipium & pecuniam poſſumus, nec donare illi de ſuo dicimur. Ad Reges enim poteſtas omnium pertinet, ad ſingulos proprietas. Fines Athenienſium aut Campanorum vocamus, quos deinde inter ſe vicini privata terminatione diſtinguunt, & totus ager hujus aut illius reipublicæ eſt: pars deinde ſuo domino quæque cenſetur, ideoque donare agros noſtros reipublicæ poſſumus, quamvis illius eſſe dicantur; quia aliter illius ſunt, aliter mei.* Et poſt. *Cæſar omnia habet, fiſcus ejus privata tantum ac ſua, & univerſa in imperio ejus ſunt, in patrimonio propria. quid ejus ſit, quid non ſit, ſine diminutione imperii quæritur: nam id quoque, quod tanquam alienum abjudicatur, aliter illius eſt.* Clara hæc, opinor, & vera: ſed clariora erunt; ſi aliquanto plenius oſtendero Veterum ſententiam de duplice republica, & de bonis utriuſque, ſimul rationem loquendi ipſis ea in re uſitatam. De utraque republica teſtatur Seneca, *De otio ſapientis cap.* 31. Verba Senecæ. *Hoc ab homine exigitur, ut proſit hominibus, ſi fieri poteſt multis, ſi minus paucis, ſi minus ſibi. Nam cum ſe utilem cæteris efficit, commune agit negotium. Duas enim reſpublicas animo complectamur, alteram magnam & vere pulchram, in qua Dii atque homines continentur, in qua non ad hunc angulum reſpicimus aut ad illum, ſed terminos civitatis noſtræ cum ſole metimur: alteram, cui nos adſcripſit conditio naſcendi.* Item Cicero *lib.* 1. *Academicarum quæſtionum. Hominem eſſe cenſebant quaſi partem quandam civitatis & univerſi generis humani, eumque eſſe conjunctum cum hominibus humana quadam ſocietate.* Idem Cicero *De finibus lib.* 3. *Mundum cenſent regi numine Deorum, eumque eſſe quaſi communem urbem & civitatem hominum & Deorum, & unumquemque noſtrum ejus mundi eſſe partem, ex quo illud natura conſequi, ut communem utilitatem noſtræ anteponamus.* Et paulo poſt. *Præclare Chryſippus, cætera eſſe nata cauſa hominum & Deorum: eos autem communitatis & ſocietatis ſuæ, ut beſtiis homines uti ad utilitatem ſuam poſſint ſine injuria, quoniamque ea eſſet natura hominum, ut cum genere humano quaſi civile jus intercederet, qui id conſervaret, eum juſtum, qui mutaret, eum injuſtum fore.* Poſſem hæc adſtruere pluribus, in quibus jus ſive gentium, ſive naturæ, appellatur jus civile generis humani, mundus hic dicitur civitas communis hominum Deorumque: niſi hæc ſufficerent. Tamen, ſi quis non tantum ſententiam eam, ſed ejus rationem quoque atque originem, recenſere volet; ejus honoris cauſa etiam hoc Ciceronis adſcripſi ex *lib.* 1. *De legibus. Animal hoc providum, ſagax, multiplex, acutum, memor, plenum rationis & conſilii, quem vocamus hominem, præclara quadam conditione generatum eſt a ſummo Deo. Solum eſt enim ex tot animantium generibus atque naturis particeps rationis & cogitationis: cum cætera ſint omnia expertia. Quid eſt autem non dicam in homine, ſed in omni cœlo atque terra ratione divinius? quæ cum adolevit atque perfecta eſt, nominatur rite ſcientia. Eſt igitur, quoniam nihil eſt ratione melius, eaque & in homine & in Deo, prima homini cum Deo rationis ſocietas: inter quos autem ratio, inter eoſdem etiam recta ratio communis eſt: quæ cum ſit lex, lege quoque conſociati homines cum Diis putandi ſumus. Inter quos porro eſt communio legis, inter eos communio juris eſt: quibus autem hæc ſunt inter eos communia, & civitatis ejuſdem habendi. Si vero iiſdem imperiis parent, multo jam magis parent huic cœleſti deſcriptioni, mentique divinæ & præpotenti Deo, ut jam univerſus hic mundus una civitas communis Deorum atque hominum ſit exiſtimanda.*

3. Oſtendi duplicem rempublicam: ſequitur, ut oſtendam, nil præter meritum eſſe, quod dixi, Veteres in hac diviſione qua de agimus, publicorum appellatione non utique publica populi Romani, ſeu publica jure civili, ſed omnium hominum publica, intellexiſſe, quod neque a communibus publica, neque a publicis communia, diſtingui, ſed quæ publica, eadem communia, & quæ communia, eadem publica, eſſe voluiſſe: denique, cum flumen, cum portum, cum littus, cum mare, cum aquam profluentem, & ſimilia, quæ habent innoxium uſum, vocant publica ſeu communia, fere velle, ea eſſe publica ſeu communia jure gentium, non autem publica ſive communia jure civili, niſi imperio: ut ſupra monui. Ei ſane rei Neratius firmum atque clarum perhibet teſtimonium in *l.* 14. *D. de adquirendo rerum dominio*; ſic ſcribens. *Quod in littore quis ædificaverit, ejus erit. Nam littora publica non ita ſunt, ut ea,*

ea, quæ in patrimonio ſunt populi, ſed ut ea, quæ primum a natura prodita ſunt, & in nullius adhuc dominium pervenerunt. Nec diſſimilis eorum conditio eſt atque piſcium & ferarum, quæ ſimul atque apprehenſæ ſunt: ſine dubio ejus, in cujus poteſtatem pervenerunt, dominii ſiunt. Quo ex loco patet, ut civitates, ita bona publica, bifariam dici: alia enim haberi in patrimonio populi Romani: alia contra, ut littora, verbi gratia, imperio quidem populi Romani parere, & hactenus populi Romani videri; ut dicetur §. 5. *infra h. c.* ſed tamen non eſſe in patrimonio populi Romani; verum a natura ita prodita, ut a quolibet occupari, atque uſurpari queant, licet is civis Romanus non ſit; cum publica ſint; non quidem contemplatione reipublicæ Romanæ, ſed juris gentium, id eſt, reipublicæ ejus quæ eſt univerſi generis humani. Atque ut Neratius, ſimiliter Ovidius, res jure naturæ publicas & res jure naturæ communes confundit *lib. 6. Metamorph.*

Quid prohibetis aquas? uſus communis aquarum eſt.
Nec ſolem proprium natura, nec aëra fecit,
Nec tenues undas: ad publica munera veni.

Ecce, quæ ante jure naturæ communes aquæ, eædem poſt publica munera. Similiter Tacitus *lib. 13. Annal. c. 55. Sicut cœlum Diis, ita terras generi mortalium datas, quæque vacuæ, eas publicas eſſe.* Ubi publicæ ſunt juris naturæ publicæ, ſive magnæ illius civitatis quæ eſt Deorum & hominum: ideoque addit, *Solem deinde reſpiciens & cætera ſydera vocans, quaſi coram interrogabat, vellentne contueri inane ſolum, potius mare ſuperfunderent adverſus terrarum ereptores.* Nam ut mundum civitatem, ita ſidera cives faciebant & magiſtratus: ut Plutarchus meminit in *Communibus notitiis adverſus Stoicos*; addens, ſolem etiam Conſulem, luciferum Prætorem aut Præfectum ejus civitatis appellatum fuiſſe. Similiter Petronius, *Quid*, inquit, *non commune eſt, quod natura optimum fecit? Sol omnibus lucet. Luna innumerabilibus comitata ſideribus etiam feras ducit ad pabulum. quid aquis dici formoſius poteſt? in publico tamen manant.* Ecce, quod optimum eſt, id modo commune vocat, modo publicum. Similiter ait Seneca *epiſt. 73. Stulta avaritia mortalium poſſeſſionem proprietatemque diſcernit, nec quidquam ſuum credit eſſe, quod publicum eſt. At ille ſapiens nihil ſuum judicat magis, quam cujus illi cum humano genere conſortium eſt. Nec enim eſſent iſta communia, niſi pars illorum pertineret ad ſingulos.* Idem Seneca in *epiſt.* 88. *Negant Juriſconſulti, quidquam uſucapi, quod publicum eſt: publicum eſt hoc, quod tenes, & quidem generis humani.* Similiter in *epiſt.* 8. voces Epicuri publicas nominat, eo quod editæ ad uſum omnium, occupanti cedunt. *Poteſt fieri*, inquiens, *ut me interroges, quare ab Epicuro tam multa bene dicta referam potius, quam noſtrorum. Quid tamen eſt, quare tu iſtas Epicuri voces putes eſſe non publicas?* Nec minore elegantia Symmachus *lib. 1. epiſt. 31. Cum ſemel a te carmen profectum eſt, jus omne poſuiſti, oratio publica res libera eſt.* Pari ratione Scævola de communi littorum uſu loquens, *In littore*, inquit, *jure gentium ædificare licere, niſi uſus publicus impediret l. 4. D. Ne quid in loco publico.* Pomponius quoque in *l. penult. D. de rerum diviſione. Ariſto ait, ſicut id, quod in mari ædificatum ſit, fieret privatum, ita quod mari occupatum ſit, fieri publicum.* Item Paulus *l. 14. D. de injuriis. Si maris proprium jus ad aliquem pertineat, uti poſſidetis interdictum ei competit, ſi prohibeatur jus ſuum exercere, quoniam ad privatam jam cauſam pertineat hæc res, non ad publicam:* id eſt, ad communem; nam mare naturali jure commune eſt.

4. Sive, ut plenius dicit Gajus in *l. 5. D. de rerum diviſione*, de uſu riparum diſſerens, publicum jure gentium, vel, ut Tribonianus ex antiquo Juriſconſulto in §. 5. *Inſt. eod. tit.* loquitur de littoribus, publicum & juris gentium: nam quod D. Arnoldus Vinnius iſta diſtingui voluit, mihi non probatur: qui didici ex Papiniano, parum intereſſe, utrum dicas, publicum jure gentium, an publicum juris gentium: nam in *l. 45. D. de uſurpationibus & uſucapionibus* flumina publica & littora publica appellat uno ore loca juris gentium publica. Sed & Gajus in *l. 7. §. 5. D. de adquirendo rerum dominio* aperte pronuntiat; alveum & flumen publicum eſſe juris gentium.

5. Itaque res communes & publicæ, ſive de aëre, aqua profluente, mari, littoribus maris, ſive de fluminibus, & portubus, quæratur, parem habent poteſtatem: nec eſt ratio ulla, cur minus dicamus jus navigandi piſcandique, & reliquos fluminum publicorum uſus innoxios, in his jure gentium competere omnibus; maxime, cum id clare tradatur §. 2. *Inſt. de rerum diviſione:* id eſt, non tantum civibus Romanis, quomodo viri docti limitarunt *d.* §. 2. ſed etiam iis qui ſunt peregrini. Nec moror, quod flumina quæ continentur finibus populi Romani, eſſe videntur ſub imperio populi Romani; & de ſe ipſo ſic Danubius apud Auſonium loquitur.

Danubius penitis caput occultatus in undis
Totus ſub veſtra jam ditione fluo.
Qua gelidum fontem mediis effundo Suëvis;
Imperiis gravidas qua ſeco Pannonias;
Et qua dives aquis Scythico ſolvo oſtia ponto;
Omnia ſub veſtrum flumina mitto jugum.

Nam id, ut jam monui ſupra, ad tutelam fluminum, & imperium ſeu juriſdictionem ſpectat; non autem pertinet eo, ut etiam tunc, cum innoxiam habent utilitatem, uni pateant populo Romano, cæteris claudantur: pariter enim Celſus, littora in quæ populus Romanus imperium habet, populi Romani eſſe, arbitratur in *l. 3. D. Ne quid in loco publico*; & de mari idem reſpondent infiniti auctores

apud doctiſſimum Grotium *lib. 2. De jure belli & pacis c. 3. §. 13. & ibi in Notis:* nec tamen a Veteribus Juris-peritis qui de his ex profeſſo diſſeruere, umquam dubitatum eſt, quin mare & littora non ita publica ſint, ut ea quæ ſunt in patrimonio populi, ſed ut ea quæ a natura primum prodita ſunt, & in nullius adhuc dominium pervenerunt *d. l. 14. D. de adquirendo rerum dominio:* hoc eſt, quin mare & littora omnibus jure naturali communia ſint *l. 13. D. Communia prædiorum d. §. 1. & 5. Inſt. de rerum diviſione.* Omitto, quod ipſe Celſus probat *l. 3. §. 1. D. d. t. Ne quid in loco publico, Maris communem eſſe uſum omnibus hominibus, ſicut aëris, jactaſque in id pilas ejus eſſe, qui jecerit: ſed id concedendum non eſſe, ſi deterior littoris mariſve uſus ſit futurus.* Atque ut iſta de littore & mari ad hunc modum diſputantur apud Celſum: ita legitur apud Ulpianum in *l. 24. D. de damno infecto, Fluminum publicorum communem eſſe uſum, ſicut viarum publicarum & littorum; in hiſce igitur publice licere cuilibet ædificare & deſtruere, dum tamen hoc ſine incommodo cujuſquam fiat.* Ait, fluminum publicorum communem uſum eſſe: ait, flumina littoribus ac viis publicis aſſimilari. Exſpecto, quid poſſit rei planæ ſine cavillatione objici: littora enim communia cum mari, cumque aëre haberi, certi juris eſt; neque aliter de viis publicis ſentiendum, docet Auguſtinus, apud Gratianum in *c. notandum cauſ. 23. quæſt. 2.* Proinde negat quiſquam, flumina omnibus eſſe communia jure naturali? negat, fluminum innoxium uſum pertinere ad hos qui non ſunt cives? neget etiam, fluminum publicorum communem uſum eſſe, ſicut viarum publicarum & littorum: neget, publice licere cuilibet in his ædificare & deſtruere, dum tamen hoc ſine incommodo cujuſquam fiat; quod apertis verbis affirmat Ulpianus; & infra plenius demonſtrabo *lib. 4. c. 1.*

6. Quibus hic accedit cumulus, quod Marcianus in *l. 2. D. de rerum diviſione* res omnes non in quinque genera diſtribuit; ſed, omiſſis publicis, ſolum meminit earum quæ communes ſunt jure naturali omnium, deinde quæ univerſitatis, tum quæ nullius, denique quæ ſingulorum privatæ ſunt; eaſque deinceps eodem ordine perſequitur. Nam ſi ſuſtinuiſſet, naturas publicarum communiumque rerum dividere: nihil cauſæ habuiſſet; cur, expuncta una parte, diviſionem propoſuiſſet haud perfectam. Utique leve eſt, quod a nonnullis fingitur, publicarum rerum ſimiliter, ut communium, feciſſe mentionem; quæ deinde rurſus, neſcio quo fato, interierit. Sed nec illud ſapit, quod aliis placet, argumento particulæ adverſativæ, *ſed*, (quæ eſt in *l. 4. §. 1. D. eod. tit.*) non id ſediſſe Marciano, ut publicas res excluderet: quas, etſi in diviſione non adſcripſerit in *d. l. 2*, tamen in ipſo tractatu omiſiſſe non videatur. Nam & huic conjecturæ obſtat ratio diviſionum; obſtat uſus verborum; obſtant impreſſa Accurſii exemplaria: in quibus non nuda vocula, *ſed*, verum addita conjunctione legitur, *ſed &:* atque ita quidem facta ſeu ſpecies utriuſque loci diſtinguuntur; verum jura ſeparationem non adgnoſcunt. Quamquam eſto verior lectio, *ſed flumina*; num idcirco Marcianus, alia eſſe fluminum portuumque, alia marium & littorum jura, oſtendit? Quid ſi enim flumina & portus non littoribus rebuſque cæteris communibus, ſed villis, ſed ædificiis, ſed monumentis, opponat? quid ſi, *ſed*, uſurpet pro *ſed &?*

7. Extant apud noſtros exempla in quibus ea particula ratione ſumitur haud diſpari: ut apud Ulpianum in *l. 5. §. ult. D. Ad legem Aquiliam. Dicit igitur Julianus, injuriarum quidem actionem non competere. An ex locato dubitat; quia levis duntaxat caſtigatio conceſſa eſt docenti. Sed lege Aquilia poſſe agi non dubito.* Id eſt, ſed & lege Aquilia: utramque enim actionem, & locati, & legis Aquiliæ, in ea ſpecie venire, idem Ulpianus refert *l. 13. §. 4. D. Locati conducti.* Juſtinianus quoque in *§. 6. Inſt. de interdictis* ſic inſit. *Recuperandæ poſſeſſionis cauſa ſolet interdici, ſi quis ex poſſeſſione fundi vel ædium vi dejectus fuerit. Sed ex conſtitutionibus ſacris, ſi quis rem per vim occupaverit dominio ejus privatur &c.* Ubi *ſed ex conſtitutionibus* dicitur pro *ſed & ex conſtitutionibus:* ut apparet ex *l. 1. §. 2. D. de vi & de vi armata.* Ulpianus *l. 9. §. 1. D. de uſufructu. Et ſi apes* (alii legunt *lapides*) *in eo fundo ſint, earum quoque uſusfructus ad eum pertinet. Sed ſi lapidicinas habeat & lapidem cædere velit, his uſurum Sabinus ait quaſi bonum patremfamilias. Sed ſi hæc metalla poſt uſumfructum legatum ſint inventa, continentur legato.* Id eſt, ſed & ſi lapidicinas habeat, ſed & ſi hæc metalla: quod Accurſii exmplar exprimit. Facile eſſet, infinita alia ejus generis exempla in medium adferre; niſi ex hiſce pauculis intelligeretur plus ſatis, ſic accipiendum eſſe Marcianum dicto loco, quaſi dixiſſet, non tantum aërem, fontes, mare, & per hoc littora maris eſſe omnium jure naturali communia, ſed & flumina pene omnia & portus publica ſeu communia eſſe.

8. At Tribonianus publica & communia diſtinguit in *d. pr. Inſt. de rerum diviſione*, ſic ſcribens. *Quædam naturali jure communia ſunt omnium, quædam publica, quædam univerſitatis, quædam nullius, pleraque ſingulorum* &c. Quid dicam? aliquid turbatum eſſe? vix dubito. Peccatum tamen ſit imprudentia Triboniani qui ſupplere atque interpretari Marcianum cum vellet, perdidit; an, quod ante me ſuſpicatus Franciſcus Hotmanus, Vir Clariſſimus, lateat ſcripturæ vitium, legendumque ſit, *quædam naturali jure communia ſunt omnium*, (*quæ eadem publica*) *quædam univerſitatis, quædam nullius &c.* nondum conſtitui.

Quid-

Quidquid eſt, mirum ſane eſt, quantopere ea, quam dixi, Marciani ſententia adjuvetur, ſi membra illa quæ Tribonianus ex Marciani libro tertio Inſtitutionum laceravit ac diſcerpſit ſub titulo Pandectarum, *De rerum diviſione*, *capite* 2. 4. & 6, ſic pene quaſi poſtliminio coaleſcant.

Quædam naturali jure communia ſunt omnium, quædam univerſitatis, quædam nullius, pleraque ſingulorum, quæ variis ex cauſis cuique adquiruntur. Et quidem naturali jure communia omnium ſunt illa, aer, aqua profluens, mare, & per hoc littora maris: nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur piſcandi cauſa, dum tamen villis & ædificiis & monumentis abſtineatur, quia non ſunt juris gentium, ſicut eſt mare, idque & Divus Pius piſcatoribus Formianis & Capenatis reſcripſit. Sed (vel *ſed &*) *flumina pene omnia & portus publica ſunt; in tantum, ut & ſoli domini conſtituantur, qui ibi ædificant; ſed quamdiu ædificium manet: alioquin ædificio dilapſo, quaſi jure poſtliminii revertitur locus in priſtinam cauſam, & ſi alius in eo loco ædificaverit, ejus fiet. Univerſitatis ſunt, non ſingulorum; veluti quæ in civitatibus ſunt theatra & ſtadia & ſimilia, & ſi qua alia ſunt communia civitatum.* &c.

Quæ tantum non eadem ſunt iis, quæ a Neratio in *d. l.* 14. *D. de adquirendo rerum dominio*, item ab Ulpiano in *d. l.* 24. *D. de damno infecto*, & Michaële Attaliate *tit.* 2. *Pragmaticorum*, Prudentio, & aliis ſupra ſunt tradita.

CAPUT IX.

1. *Feſtinantes occupatoſque homines nonnumquam aliud ſcribere aut loqui, quam initio deſtinarunt.* 2. *Id Plautum bene obſervaſſe.* 3. *Eveniſſe Virgilio, Ciceroni, Auguſto.* 4. *Ulpiano quoque in l* 5. *D. Ad legem Aquiliam, & in Titulo* VII. *Collationis legum Moſaicarum & Romanarum.* 5. *Differentia traditur legis Corneliæ, legis Aquiliæ, & legis naturæ, in punienda cæde furis nocturni minus neceſſaria. Pauli quoddam Fragmentum declaratur in dicto Titulo ſeptimo.* 6. *Fugitivum eſſe oſtenditur Ulpiani caput* 9. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis, improbata opinione Gulielmi Budæi, Viri Clariſſimi.*

1. Qui aliquando mentem animi ad hominum dicta factaque paulo diligentius adjicit: næ is experiundo facile comperiet, quam ſæpe univerſis eveniat, ut in mera luce cœcutiant; & quæ ipſi recte intellexerint, ea prodere, ſicut intellecta ſunt, nequeant: ſive quod fortior aliquis affectus impedimento eſt, quo minus ſua peræque conſtet ratio memoriæ: ſive quod nimia acceleratio ſæpe efficit, ut animus, dum pluribus intenditur, variet, atque ad alia aberret, quam ſibi dicenda faciendave initio propoſuerat.

2. Vidit hoc, ut eſt gravis morum cenſor, Plautus: vidit atque etiam belle in *Caſinam* tranſtulit *act.* 2. *ſcen.* 5. amorem ſenilem introducens his verbis.

ST. *Appone hic ſitellam, ſortes cedo mihi, animum advertite.*
Atque ego cenſui abs te poſſe hoc impetrare, uxor mea,
Caſina ut uxor mihi daretur; & nunc etiam cenſeo.
CL. *Tibi daretur illa?* ST. *Mihi enim. Ah non id volui dicere!*
Dum mihi volui, huic dixi: atque adeo, dum mihi cupio, perperam
Jam dudum hercle fabulor. CL. *Pol tu quidem atque etiam facis.*
ST. *Huic, imo hercle mihi. Vah tandem redii vix veram in viam.*
CL. *Per pol ſæpe peccas.* ST. *Ita fit, ubi quid tantopere expetas.*

3. Hanc autem memoriæ inconſtantiam ſicut in plebe Comicus animadvertit: ita in Virgilio Higinus obſervat aliquoties; teſte Gellio *lib.* 10. *Noct. Attic. c.* 16. Refert quoque Suetonius in *Auguſto c.* 88. eum ſæpe inter ſcribendum non literas modo, ſed ſyllabas quoque præterire, aut permutare, communi hominum errore. Sed & ipſe Gellius *lib.* 15. *cap.* 6. ſcribit, in libro M. Tullii, qui eſt ſecundus *De gloria*, manifeſtum errorem eſſe non magnæ rei, quem errorem eſſe, poſſit cognoſcere non aliquis eruditorum, ſed qui tantum ὁμήρου legerit τὸ ἦ: nam Ciceronem verſus quoſdam Homeri quos in eo libro in linguam Latinam vertit, Ajacem facere loquentem; cum eos apud Homerum non Ajax dicat, ſed Hector: additque Gellius, non tam id mirandum, erraſſe in ea re M. Tullium, quam non eſſe hoc poſtea animadverſum vel ab ipſo, vel a Tirone liberto ejus, diligentiſſimo homine, & librorum patroni ſui ſtudioſiſſimo.

4. Sed putem, Gellium mirari rem, neque novam, neque inſolitam: qui aliquando ſenſi, & Juriſconſultos noſtros erroribus iiſdem fuiſſe obnoxios atque opportunos: eoſque deinde nec ab ipſis, nec ab Interpretibus eorum eſſe poſt tot ſecula diſpunctos. Ex Ulpiani certe, hominis alioquin docti & gravis, hominis tamen, &, quod magis, occupati, libro 18. Ad Edictum leguntur vulgo hæc

verba, apud Licinium Rufinum in *Tit.* 7. *Collationis legum Moſaicarum & Romanarum*, quorum pars extat in *l.* 3. & 5. *D. Ad legem Aquiliam.*

Injuria occiſum eſſe merito adjicitur: non enim ſufficit occiſum, ſed oportet injuria id eſſe factum. Proinde ſi quis ſervum latronem occiderit, lege Aquilia non tenebitur, quia non injuria occidit. Sed & quemcumque alium ferro ſe petentem qui occiderit, non videbitur injuria occidiſſe; proinde ſi furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem ea quoque lex permittit; ſed ita demum, ſi ſe telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. Et Pomponius dubitat, num hæc (ita editur, *hæc*, ſed legendum, *hic*: id eſt, in hoc caſu: ut *Ad Legem Aquiliam cap.* v. demonſtravi) *lex non ſit in uſu. Et ſi quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum poſſet apprehendere, maluit occidere, magis eſt, ut injuria feciſſe videatur, ideoque etiam lege Cornelia tenebitur. Injuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum & circa injuriarum actionem contumeliam quandam, ſed quod non jure factum eſt, hoc eſt, contra jus, id eſt, ſi culpa quis occiderit. Et ideo interdum utraque actio concurrit & legis Aquiliæ & injuriarum: ſed duæ erunt æſtimationes, alia damni, alia contumeliæ. Igitur injuriam hic accipiemus dammum culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.*

Quid hic ait Ulpianus? ſi quis furem nocturnum, cum poſſet apprehendere, maluit occidere: magis eſſe, ut injuria feciſſe videatur; ideoque etiam lege *Cornelia* teneatur. Poteſtne vero quidquam ineptius, aut Ulpiano minus conſentaneum proferri? Ego ſane a genio meo numquam impetravi; quo minus ea legis *Corneliæ* mentio imprudentis eſſe videretur, & ejus qui dicere legem *Aquiliam*, ſuſtineret: nam huc totum illud Ulpiani Fragmentum pertinere, non dicam, colligitur ex Titulo, aut Inſcriptione illius loci, aut ex connexione rerum, quamquam illa ſufficerent: ſed apparet ex claris Ulpiani verbis. interpretatur enim legis Aquiliæ caput primum; in eoque verba hæc, *injuria occiderit.* unde cum præſumeret, ire in nonnullas ſpecies, in quibus venire poſſet dubitatio, utrum cædes per injuriam facta videretur, nec ne; atque adeo incideret in furem nocturnum: dubium non eſt, ubi primo loco dicit, videndum eſſe, an lege Aquilia teneatur, qui furem telo ſe defendentem occiderit; & deinde ſubjicit, eum qui furem noctu occidit, ſed metu mortis, (ut paulo plenius exprimitur in *d. l.* 5.) lege Aquilia non teneri; quin in contraria quoque ſpecie in qua quis maluit, furem occidere, quam, cum poſſet, apprehendere, potius indicare legem Aquiliam, quam Corneliam, voluerit: primum, quia ante nihil quæſivit de lege Cornelia; neque oportuit eum aliter, quam ad interrogata, reſpondere: deinde in ejuſdem quæſtionis explicatione mox iterum legis, non Corneliæ, ſed Aquiliæ, meminit *d. l.* 5. §. 1. tertio proponitur cædes eſſe per injuriam commiſſa: injuriam autem, ut Ulpianus utroque in loco ſcribit, hic accipere nos oportet non, quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quamdam, ſed quod non jure factum eſt; hoc eſt, contra jus, ſive ſi culpa quis occiderit, etſi noluerit *d. l.* 5. §. 1. *d. t.* 7.

5. Quamquam enim in lege Aquilia ſufficiat culpa qualiſcumque, etiam leviſſima *l.* 44. *D. eod. tit.* in lege tamen Cornelia dolus pro facto accipitur; nec culpa lata, nedum levis, aut leviſſima, pro dolo habetur *l.* 7. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis.* Et proinde legi quidem Aquiliæ, item naturæ, culpæ nomine obligabitur qui nocturnum furem, ubi poſſet apprehendere & ſervare, maluit perdere, invita & vetante humanitate *d. l.* 5. & *d. t.* 7. verum lege Cornelia non tenebitur, quaſi commiſſo dolo: cum utique ei lege Duodecim Tabularum cædes nocturni furis (ut Ulpianus ait) omnimodo, id eſt, ſine diſtinctione atque in infinitum, permittatur: puto, quod dolo non delinquat cujus ratio, turbata aut metu, aut ſubita atque improviſa ira; non ſui juris eſt; ut conſilio potius, quam impetu, videatur decernere: nam (ut Perſius ait *Sat.* 3.)

--- Face ſuppoſita ferveſcit ſanguis, & ira.
Scintillant oculi, diciſque, faciſque, quod ipſe
Non ſani eſſe hominis, non ſanus juret Oreſtes.

Idque ſine dubio eſt; quod Auguſtinus *lib.* 1. *De libero arbitrio* ſcribit, *Ea vindicanda ſibi legem populi aſſumere, quæ ſatis ſint conciliandæ paci hominibus imperitis, & quanta poſſunt per hominem regi: illas vero culpas alias pœnas habere, a quibus ſola liberare poſſe videtur ſapientia.* Et paulo poſt. *Videri tibi legem iſtam, quæ regendis civitatibus fertur, multa concedere, quæ per divinam providentiam vindicantur, & recte: neque enim, quia non omnia facit, ideo quæ facit improbanda eſſe.* Vera hæc & certa: in primis poſtquam Paulus *libro* 5. *Sententiarum, Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficis,* apud Licinium Rufinum in *d. Tit.* 7. rem aperte & his quæ dixi convenienter definit: cum, *Si quis*, inquit, *furem nocturnum vel diurnum, cum ſe telo defenderet, occiderit, hac quidem lege non tenebitur, ſed melius fecerit, qui eum comprehenſum, tranſmittendum ad Præſidem Magiſtratibus obtulerit.* Nam ſenſus Pauli eſt, Eum qui furem nocturnum, vel diurnum telo ſe defendentem, occiderit tum, cum poſſet apprehendere, lege Cornelia non teneri. Idque & Cicero *Pro Milone* probat; *Duodecim*, inquiens, *tabulæ nocturnum furem quoquomodo, diurnum autem, ſi ſe telo defenderit, interfici impune voluerunt.* Cæterum, quia jure naturæ quis-

Digitized by Google

quisque cogitur, abſtinere a cæde hominis, quamquam legibus licita, tamen non neceſſaria; atque, ut Seneca ait *lib.* 2. *De ira c.* 27, anguſta innocentia eſt, ad legem bonum eſſe; certe latius patet officiorum, quam juris, regula; multaque pietas, humanitas, liberalitas, juſtitia, fides, exigunt, quæ extra publicas tabulas ſunt: putat Paulus, conveniens eſſe officio viri boni, non tam inſpicere hic, quid lege Cornelia ſit impune, quam quid natura ſit honeſtum: ideoque melius facturum; ſi ſurem, cum jure poſſet, non occiderit; ſed comprehenſum, tranſmittendum ad Præſidem Magiſtratibus obtulerit. Quod omnino eſt ſuadentis Juriſconſulti; id eſt, ejus qui inſtituit tradere neceſſitatem non juris civilis, ſed naturæ: nam & Cicero ſimiliter *Pro Quintio*, *Jugulare*, inquit, *civem ne jure quidem quiſquam bonus vult: mavult enim commemorare ſe, cum poſſet perdere, peperciſſe, quam, cum parcere potuerit, perdidiſſe. Hæc in homines alieniſſimos, denique inimiciſſimos viri boni faciunt & hominum exiſtimationis & communis humanitatis cauſa, ut, cum ipſi nihil ſcientes alteri incommodarint, nihil ipſis jure incommodi cadere poſſit.* Ea plana ſunt; & tamen a Pithœo non animadverſa, *Notis ad dict. Tit.* 7. ut nec a Cujacio *lib.* 14. *Obſervat. c.* 15. *& in Opere poſthumo ad l.* 3. *D. de juſtitia & jure*, aliove Interprete qui ad meas manus pervenit.

6. Nec mirum: nam ipſe quoque Tribonianus, deceptus, ut mihi videtur, nudo illo legis Corneliæ ſono in *d. l.* 5. & aliud conſimile Ulpiani Fragmentum ex libro ipſius 37. Ad Edictum tranſtulit in Titulum Digeſtorum, Ad legem Corneliam de ſicariis, capite nono: quaſi voluerit Ulpianus, cum qui furem nocturnum occidit, cum poſſet ei parcere ſine ſuo periculo, legi Corneliæ de ſicariis fieri obnoxium. Sed quam recte, id ratio legis Corneliæ, id Paulus dicto loco, oſtendit. Quibus adjici poteſt, quod Ulpianus libro 37. Ad Edictum nec de judiciis publicis egit, nec de lege Cornelia; ſed de furtis, ſed de noxalibus actionibus, aliiſque forte id genus privatis cauſis: ut teſtes ſunt complures loci qui inde deſcripti, reperiuntur hodie in *l.* 8. 36. 38. 42. *D. de noxalibus actionibus. l.* 16. *D. de interrogationibus in jure faciendis. l.* 50. *&* 52. *D. de furtis.* Itaque veriſimile eſt, *impune ferre*, apud Ulpianum *in d. l.* 9. idem fere eſſe, quod Paulo, *innoxium eſſe*, in *l.* 45. *D. Ad legem Aquiliam*, hoc eſt, impune ferre vel innoxium eſſe lege Aquilia: neque neceſſe eſt, cum Gulielmo Budæo, Viro Clariſſimo, *Notis reliquis ad Pandectas, editionis Pariſienſis anni* 1543. *pag.* 39. *& ſeq.* ſuſpicari, eum locum mutilatum eſſe, atque ita reſtituendum. *Furem nocturnum ſi quis occiderit, omnino impune erit, ſi diurnum, ita demum impune feret.* & reliqua.

7. Præſagit mihi mens mea, fore quibus ea quæ hoc ſcripſi capite, paſſim diſplicitura ſint, non aliam ob cauſam, quam quia exiſtimant, non coli ſatis comiter majeſtatem civilis ſapientiæ: ſi quis vel in Tribonianum vel Prudentum aliquem interdum cecidiſſe humani quidpiam autumet, non tam odio ductus eorum aut novandi libidine, quam ratione & ſtudio veritatis ad quam omnes bonos collimare, fas juſque eſt. Sed hi, velim res ſuas ſibi habeant; &, ſi Diis placet, ſancte tueantur errores Veterum. ego interim curabo, ne facile ſuperſtitioni donem artem pulcherrimam; neve levibus atque inanibus effugiis ludibria quædam excitando efficiam, ut corpus Juris enervetur, & cadat, animique juvenum ad magna ſurgentes, ut ille ait, calumnia, velut peſtilenti ſidere, afflentur. Sed finio, & adſcribo ſequentia ex Quintiliano *lib.* 10. *Inſt. orat. c.* 1. *p.* 732. *Neque id ſtatim legenti perſuaſum ſit, omnia quæ magni auctores dixerint, utique eſſe perfecta: nam & labuntur aliquando & oneri cedunt & indulgent ingeniorum ſuorum voluptati, nec ſemper intendunt animum, cum Ciceroni interim dormitare Demoſthenes, Horatio vero Homerus ipſe videatur. Summi enim ſunt, homines tamen, acciditque iis, qui quidquid apud illos repererunt, dicendi legem putant, ut deteriora imitentur, (id enim eſt facilius) ac ſe abunde ſimiles putent, ſi vitia magnorum conſequantur. Modeſte tamen & circumſpecto judicio de tantis viris pronuntiandum eſt; ne, quod pleriſque accidit, damnent quæ non intelligunt. Ac ſi neceſſe eſt in alteram errare partem, omnia eorum legentibus placere, quam multa diſplicere, maluerim.*

Caput X.

Ulpianum in l. 5. *§.* 4. *D. de his qui effuderint vel dejecerint* actionem legis Aquiliæ *pro* actione in factum *imprudenter ſcripſiſſe.*

Sublatus eſt error unus Ulpiani in *d. l.* 5. *D. Ad legem Aquiliam, & d. Tit.* 7. *Collationis legum Moſaicarum & Romanarum:* ſequitur alter ejuſdem Juriſconſulti haud diſſimilis lapſus in *l.* 5. *§.* 4. *D. de his qui dejecerint vel effuderint*, quæ ſic habet.

Cum autem legis Aquiliæ actione propter hoc quis condemnatus eſt, merito ei, qui ob hoc, quod hoſpes, vel quis alius de cœnaculo dejecit, damnatus eſt, in factum dandam eſſe Labeo dicit adverſus dejectorem. Quod verum eſt. Plane ſi locaverat dejectori, etiam ex locato habebit actionem.

Hic recte quidem Ulpianus regreſſum concedit

Digitized by Google

cedit ei qui eſt propterea condemnatus, quod hoſpes vel quis alius ex ejus cœnaculo dejecit: non enim porrigi debet pœna, niſi adverſus auctorem culpæ; etſi Prætor actionem in Edicto promittat non adverſus dejicientem, ſed adverſus inhabitantem; & hoſpes aliave ſimilis perſona non inhabitet, ſed tantiſper hoſpitetur *l. 1. pr. & §. 9. D. eod. tit.* At male Ulpianus primam eam actionem quæ adverſus habitatorem datur, legis Aquiliæ vocat: cum ſit actio in factum de dejectis & effuſis; quarum & ſubſtantia, & appellatio, diſtinctiſſima eſt: ut idem fatetur Ulpianus *d. l. 1. §. 4. l. 5. & §. 3. D. eod. tit.* cum eo igitur §. 3. ſpecies hujus §. procul dubio eſt connectenda hoc modo.

Si horrearius aliquid dejecerit, vel effuderit, aut conductor apothecæ, vel qui in hoc duntaxat conductum locum habebat, ut ibi opus faciat, vel doceat, in factum actioni locus eſt: etiamſi quis operantium dejecerit, vel effuderit, vel ſi quis diſcentium. Cum autem in factum actione (ſic enim ſcribo) *propter hoc quis condemnatus eſt, merito ei, qui ob hoc, quod hoſpes vel quis alius de cœnaculo dejecit, damnatus eſt, in factum dandam eſſe Labeo dicit adverſus dejectorem. Quod verum eſt. Plane ſi locaverit dejectori, etiam ex locato habebit actionem.*

Sic prorſus ſentio: nam & Cyrillus ita in Notis ad hunc locum *Baſilic. lib. 60. tit. 4.* ſcribit. *At vero qua ratione hoc ita fit, ut damnentur lege Aquilia, non ex hoc edicto in factum actione.*

CAPUT XI.

1. *Marcianum in l. 1. D. de lege Pompeja de parricidiis poſuiſſe* legem Corneliam de ſicariis *pro* lege Cornelia de parricidiis. *Earum legum, ut & Pompejæ de parricidiis, quæ pœna?* 2. *Pauli Fragmentum quoddam lib. 5. Sentent. tit. 24. explicatur.* 3. More majorum *ſignificari ſæpius leges majorum. Modeſtinus declaratur in l. 9. D. de lege Pompeja de parricidiis. Jacobus Gothofredus & Jacobus Cujacius refelluntur.* 4. *Tribonianus illuſtratur in §. 6. Inſt. de publicis judiciis contra Duarenum & Cujacium.* 6. *Hotmanus notatur.* 7. *Improbatur opinio Sigonii, Manutii, Couvarruviæ. Parricidii appellatio quando obtineat?*

1. Tollam quoque hoc capite aliud mendum quod habet cauſam ſuperioribus non diſſimilem corrumpendæ ſcripturæ in libro 14. Inſtitutionum Marciani, ubi ait.

Lege Pompeja de parricidiis caveri, ut ſi quis patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, ſororem, patruelem, matruelem, patruum, avunculum, amitam, conſobrinum, conſobrinam, uxorem, virum, generum, ſocrum, vitricum, privignum, privignam, patronum, patronam, occiderit, cujuſve dolo id factum erit, ut pœna ea teneatur, quæ eſt legis Corneliæ de ſicariis. &c.

l. 1. D. de lege Pompeja de parricidiis. Diſplicent hic poſtrema verba, *legis Corneliæ de ſicariis.* Scribo *legis Corneliæ de parricidiis.* nam alia fuit parricidii pœna, alia homicidii: in homicidam exilio ex lege Cornelia de ſicariis *l. 3. §. 5. D. Ad legem Corneliam de ſicariis*, in parricidam culleo primum ex lege vetere, deinde ex lege Cornelia de parricidiis, animadverſum fuit; ut probat Sigonius *De Judiciis lib. 2. cap. 31.* ejuſque legis Corneliæ de parricidiis etiam Pomponius *l. 2. §. 32. D. de origine juris*, & Imppp. Valens, Gratianus, & Valentinianus *l. ult. Cod. Theod. Ad legem Corneliam de falſo* meminere. Porro pœnam, a majoribus inſtitutam, ſervavit Pompejus; non ſuſtulit, quod plerique putant, nova ſicariorum ſubſtituta. De ea re ſigna atque argumenta quæ habeo, paucis verbis eloquar. In primis colligitur ex ordine Titulorum quí ſunt in Digeſtis Ad legem Corneliam de ſicariis, & De lege Pompeja de parricidiis, item ex Inſcriptione capitis primi utriuſque Tituli, Marcianum ab Interpretatione legis Corneliæ de ſicariis tranſiiſſe ad legem Pompejam de parricidiis: ita quid novum, ſi ejus memoria in *d. l. 1. D. de lege Pompeja de parricidiis* videatur reverſa potius ad priora quibus adſueverat aliquatenus, quam recentioribus & vix tum inceptis inhæſiſſe. Jam & nominum vicinitas, & diffuſior ejus loci enarratio, oſtendit, quam facile potuerit occupatus animus a Cornelia de parricidiis aberrare ad Corneliam de ſicariis. His accedit, quod Marcianus in *d. l. 1. & ſeqq.* diligentius enumerat pleraſque perſonas quæ nuncupatione parricidii continentur, quam ut fas ſit dubitari; an voluerit, ipſarum cædem alia expiari pœna, quam legis Corneliæ de ſicariis: nam ea ſine diſcrimine graſſatur in univerſos qui cepere occidendi hominis conſilium; nec videtur magnopere deſiderare hanc ſive Marciani, ſive Pompeji, definitionem. Ergo juvant meam conjecturam cum ordo Titulorum, atque Inſcriptio, tum ipſe Marcianus. Etiam adde teſtimonia aliorum.

2. In quibus Paulus *lib. 5. Sentent. tit. 22. §. 1. Lege*, inquit, *Pompeja de parricidiis tenetur, qui patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, ſororem, patronum, patronam occiderit.*

rit. Hi etſi antea inſuti culleo in mare præcipitabantur; hodie tamen vivi exuruntur, vel ad beſtias dantur. Hactenus Paulus: primum docens, qui teneantur lege Pompeja: deinde, quæ ſit ejus legis pœna: tum, quæ mutatio in eam inciderit. Senſus vero eſt, Hos qui lege Pompeja tenentur, antea quidem ſolitos culleo ex ea lege inſui, atque in mare præcipitari: ſed tempore Pauli non tantum culleo inſutos, verum etiam vivos exuſtos, vel ad beſtias datos, fuiſſe. plus dicam: *Antea* apud Paulum eſt, ex lege Pompeja ante Hadrianum: *Hodie* eſt, tempore Pauli ex Conſtitutione Hadriani.

3. Teſtis ejus rei Modeſtinus in *l. 9. D. de lege Pompeja de parricidiis*, verbis ſequentibus. *Pœna parricidii more majorum hæc inſtituta eſt, ut parricida virgis ſanguineis verberatus, deinde culleo inſuatur cum cane, gallo gallinaceo, & vipera, & ſimia: deinde in mare profundum culleus jactatur. Hoc ita, ſi mare proximum ſit: alioquin beſtiis objicitur, ſecundum D. Hadriani Conſtitutionem.* Modeſtinus ait, parricidii pœnam, more majorum inſtitutam, eſſe culleum; eumque culleum perduraviſſe ad Hadrianum: poſt deinde occœptum diſtingui, utrum mare proximum eſſet, nec ne; & hoc caſu ad beſtias datos parricidas; illo reſervatam pœnam, more majorum inſtitutam. Ita, opinor, Modeſtinus per *morem majorum* non conſuetudinem, ſed leges, intelligit; eaſque nec inepte, nec obſcure. Non inepte: quia *leges* etiam *mores* dici, non dubium eſſe, auctor Servius ad illud Virgilii *lib. 1. Æneidos verſ.* 268.

— *Moreſque viris & mœnia ponet.*

Et Livius *lib. 26. c. 3.* Verba Livii. *Tribuni plebis appellati negarunt ſe in mora eſſe, quo minus, quod ei more majorum permiſſum eſſet, ſeu legibus, ſeu moribus mallet, anquireret.* Apulejus quoque *lib.* x. *Metamorph. Magiſtratus*, inquit, *compeſcere populareis, ut rite & more majorum judicio reddito, & utrimque ſecus allegationibus examinatis, civiliter ſententia promeretur, nec ad inſtar barbaricæ feritatis, vel tyrannicæ impotentiæ damnaretur aliquis inauditus.* Quod Salvianus *De providentia*, & ex eo Dionyſius Gothofredus ad *l. 2. D. Ad legem Corneliam de ſicariis* legibus Duodecim Tabularum inſtitutum cautumque memorat. Non obſcure: quia ait Modeſtinus, culleum perduraviſſe ad Hadrianum; perdurare autem, niſi receptus lege & Cornelia & Pompeja, vix potuit: non enim patitur ratio; ut, quod prius conſuetudine receptum eſt, id lege poſteriore ſit potentius: nec facile probabitur, (quod voluit Cujacius *ad dict. loc. Pauli*, & *ad §. 6. Inſt. de publicis judiciis*, item Jacobus Gothofredus ad *l. unic. Cod. Theod. de parricidio*) ſublatum lege Pompeja fuiſſe culleum; eamque legem rurſus aut uſu non receptam eſſe, aut contrario ſaltem uſu abolitam.

4. Quinimo diſerte ait Tribonianus in *d. §. 6. Inſt. de publicis judiciis*, lege Pompeja de parricidiis caveri; ut ſi quis parentis, aut filii, aut omnino affectionis ejus quæ nuncupatione parricidii (ſic enim legendum eſſe, jam complures obſervarunt) continentur, fata properaverit, pœna parricidii puniatur; & neque gladio, neque igne, neque ulli alii ſolemni pœnæ ſubjiciatur; ſed inſutus culleo cum cane & gallo gallinaceo & vipera & ſimia, & inter eas ferales anguſtias comprehenſus, vel in vicinum mare, vel in amnem, projiciatur: ſi quis autem alias affinitate vel cognatione conjunctas perſonas necaverit; pœnam legis Corneliæ de ſicariis ſuſtineat. En, ſi quis interfecit parentem aliamve perſonam quæ parricidii nuncupatione continetur; ait Tribonianus, legem Pompejam locum habere: ſin quam aliam perſonam occiderit; tantum lege Cornelia de ſicariis eum teneri:. neque hoc tantum, ſed ait quoque, culleum lege Pompeja receptum eſſe. Palam hinc igitur, diſtinctam eſſe pœnam legis Corneliæ de ſicariis a Pompeja de parricidiis: palam, lege Pompeja eſſe cautum; ut parricida ea teneatur pœna quæ eſt legis Corneliæ de parricidiis. Nec turbat me quod Franciſcus Duarenus *ad tit. Pand. de lege Pompeja de parricidiis*, & Jacobus Cujacius *ad d. lib. 5. Sententiarum Pauli tit. 23. §. 2.* ajunt, Tribonianum legi Pompejæ adſcripſiſſe pœnam quæ non Pompeji ſit; ſed Conſtantini in *l. unic. Cod. de his qui parentes vel liberos occiderunt*: idque hinc colligi, quod Tribonianus in *d. §. 6.* etiam filium occidi vetuit: cum tamen filii non Pompejus, ſed Conſtantinus, meminerit. Eſto enim, ut Conſtantinus filii cædem patri ea lege prohibuerit; primuſque juſſerit, eam vindicari parricidii pœna. eſto, ut id jus Pompejo adſcripſerit Tribonianus: quid tum poſtea? cupiunt viri docti, quod in filii cæde a Conſtantino innovatum eſt, hoc generaliter ad parricidii pœnam porrigere? nihil agunt: negant enim id hactenus dicta: negant Suetonius in *vita Auguſti cap.* 33. Seneca Pater *lib. 3. Controverſiarum cap.* 16. Seneca Filius *lib. 1. De Clementia cap. 15. & 23.* Ovidius *lib. 8. Metamorphoſ. fabula* 1. Juvenalis *Sat. 8. verſ. 214. & Sat. 13. verſ.* 155. plerique auctores alii qui vel floruerunt circa ætatem Pompeji, vel proxima ab eo tempora, hoc eſt, illa quibus lex Pompeja videtur obtinuiſſe, literis commendarunt. negant, inquam: & ideo quotiens memorant parricidii pœnas; non exilium, non beſtias, non ignes; ſed culleum, ſed ſerpentes, ſed ſimiam, nominant. quod metuo, ut futurum fuerit; ſi pœna quæ parricidio more majorum impoſita, deinde lege Pompeja ſublata, & denuo a Conſtantino magis reſtituta, quam confirmata, fingatur.

6. Hæc mea eſt de *d. l. 1.* ſententia. aliorum ut ſequerer, induci non potui. & qui poſſim? Nam quod Franciſcus Hotmanus,

in *Indice legum Romanarum*, *verb. Pompeja*, ſcribit; Marcianum volentem lege Pompeja caveri, ut parricida ea teneatur pœna quæ lege Cornelia de ſicariis proponitur, ſic accipiendum eſſe, quatenus lex Cornelia ad parricidas pertinet: id vereor, ne ſua ſponte corruat: quia ex Pomponio *l.* 2. §. 32. *D. de origine juris*, & Imperatoribus *l. ult. Cod. Theod. Ad legem Corneliam de falſo*, intelligitur, diſtinctam a lege Cornelia de parricidiis eſſe legem Corneliam de ſicariis: eoque alteram ad alteram non magis pertinere, quam lex Julia de adulteriis ad legem Juliam de annona, aut de repetundis, aut ſimilem, pertinet.

7. Ejuſdem farinæ eſt, quod ſcribit Sigonius *lib.* 2. *De judiciis cap.* 31. Marcianum & Modeſtinum, (quorum alter parricidæ oſtendit pœnam legis Corneliæ de ſicariis; alter culleum, gallum, viperam) a Juſtiniano exponi in *d.* §. 6. *Inſt.* item quod Paulus Manutius *De legibus Romanorum*, *cap. de parricidii legibus*, & Didacus Couvarruvias in *Clementina*, *ſi furioſus*, *p.* 2. *n.* 12. ajunt, lege Pompeja de parricidiis non tantum teneri qui patrem matremve occiderint; ſed etiam qui cognatis, quique patronis, intulerint violentas manus: ita tamen, ut hi pœnam legis Corneliæ de ſicariis ſuſtineant; illi magis culleo inſuantur *arg. d. l.* 9. *&* *d.* §. 6. Nam his quoque multa adverſantur. primum obſtat, quod generaliter ait Marcianus, lege Pompeja caveri, ut parricida facto parricidio, ea plectatur pœna quæ eſt legis Corneliæ de ſicariis; parricidiumque intelligi, ſive quis patrem aut matrem occiderit, ſive fratrem aut ſororem, ſive quamvis aliam perſonam quæ in *d. l.* 1. exprimitur. deinde adverſatur, quod nec ipſa parricidii diſtinctio quam faciunt docti illi viri, ſatis convenit tum Modeſtini, tum Juſtiniani, verbis. non enim eſt alia eorum ſententia, quam parricidium committere eum qui de medio ſuſtulerit patrem, aut matrem, aut ejus adfectionis perſonam quæ parricidii appellatione continetur: cæterum, ſi quis alias necaverit perſonas; tantum homicidium, non parricidium videri. nempe, quia legiſlator id verbum intra certas coarctavit perſonas: quæ Modeſtino *d. l.* 9. ſunt, pater, mater, avus, avia; nec tamen hæ ſolæ ſunt: voluit enim Modeſtinus, magis exemplo uti, quam excludere eas quæ a Marciano *d. l.* 1. quæque a Paulo *d. lib.* 5. *Sentent. tit.* 24. præterea recitantur. atque huic ſententiæ etiam facit Iſidorus *lib.* 5. *Originum cap.* 26. Parricidii, inquiens, actionem non ſolum in eum dari qui parentem, id eſt, vel patrem vel matrem interemiſſet: ſed & in eum qui fratrem occiderat: & dictum parricidium quaſi parentis cædium. Notat enim Iſidorus, parricidium proprie quidem dici quaſi parentis cædium; ſed juris poteſtate latius accipi etiam pro fratris cæde. id vero ex Apulejo quoque intelligitur: nam is huc alludens *lib.* x. *Metamorphoſ.* aperte nominat, *Inceſtum paterno thalamo & parricidam fraterno exitio & incomminata novercæ nece ſicarium.* Tum ſubjungit paulo poſt. *Nec quiſquam Decurionum tam æquus remanſerat juveni, quin eum evidenter noxæ compertum inſui culleo pronuntiaret.* Plane, cum ait Apulejus, incomminata *novercæ nece ſicarium*, impropria locutio eſt: nam etſi novercæ cædes non comprehendatur verbis legis Pompejæ de parricidiis: non tamen videtur omiſſa eſſe legis ſententia: teſte Marciano in *l.* 3. *D. de lege Pompeja de parricidiis*. Utcumque erit; apparet, ubi locum habet parricidii appellatio, ibi ſolemnem parricidii pœnam obtinere: ubi ceſſat ea appellatio, ibi non aliam eſſe pœnam, quam adverſus homicidas lege Cornelia de ſicariis conſtitutam.

CAPUT XII.

Eas ſpecies quæ habent mixtam cauſam, in rerum diviſionibus nonnumquam negligi, quaſi confuſas cum ſimplicibus: atque inde ejuſdem rei modo bipartitam, modo tripartitam, diſtributionem eſſe.

Haud raro accidit in rerum diviſionibus; ut auctores cum noſtri, tum alii, ex iis quam trium generum eſſe non ignorant, duas ponant ſpecies, tertiam quæ mixta eſt, omittant: non tam quod hanc eſſe negent, quam quod velint eam in compluribus articulis inclinare ad alterutram ſimplicium; & ſic ſequi naturam atque appellationem ejus quæ in ipſa prævalet. Ex hac nota eſt quod Annæus Seneca *lib.* 2. *Natural. quæſtion. cap.* 2. de corporum diviſione agens, *Aliquid eſt*, inquit, *continuum, aliquid commiſſum: continuatio eſt partium inter ſe non intermiſſa conjunctio: unitas eſt ſine commiſſura continuatio & duorum inter ſe conjunctorum corporum tactus. Numquid dubium eſt, quin ex his corporibus quæ videmus tractamuſque, quæ aut ſentiuntur aut ſentiunt, quædam ſint compoſita? Illa conſtant aut nexu, aut acervatione: ut puta funis, frumentum, navis. Rurſus non compoſita: ut arbor, lapis.* Ita Seneca: inſtituens duplicem corporum diviſionem; non quaſi tertium eorum genus non exiſtat; (nam triplicia eſſe refert Pomponius in *l.* 30. *D. de uſurpationibus & uſucapionibus*) ſed quod tertium illud genus, quod conſtat ex diſtantibus, ut populus, legio, grex, quodammodo mixtam ex unito & connexo habeat naturam: id enim eſt, quod is ipſe quem

dixi,

dixi, Seneca ad Lucilium ſcribit *epiſt.* 102. *Quid eſt, quod prædicere velim? Quædam continua eſſe corpora, ut hominem: quædam compoſita, ut navem, domum, omnium denique, quorum diverſæ partes junctura in unum ſunt coactæ: quædam ex diſtantibus, quorum adhuc membra ſeparata ſunt, tanquam exercitus, populus, ſenatus: illi enim, per quos iſta corpora efficiuntur, jure aut officio cohærent, natura diducti aut ſinguli ſunt.* Exemplum hoc unum eſt. addam alterum. Hermogenianus in *l.* 1. *pr.* §. 1. *&* 2. *D. de muneribus & honoribus*, *Munerum*, inquit, *civilium quædam ſunt patrimonii, alia perſonarum. Patrimonii ſunt munera rei vehicularis, item navicularis, decemprimatus: ab iſtis enim periculo ipſorum exactiones ſolennium celebrantur. Perſonalia civilia ſunt munera, defenſio civitatis, id eſt, ut Syndicus fiat* &c. Sed quamquam Hermogenianus tantum duo enumeret munerum genera, patrimonii unum, alterum perſonæ; non tamen hæc ſola eſſe, ex Arcadio Chariſio diſcimus: qui in *l.* 18. *pr.* §. 1. 18. 26. *&* 27. *D. eodem titulo* tertium quoque adducens, *Munerum*, ait, *civilium triplex diviſio eſt: nam munerum quædam perſonalia ſunt, quædam patrimoniorum dicuntur, alia mixta:* eaque deinde ordine explicat dictis locis. Aliud exemplum occurrit in *l.* 3. *D. de ſtatu hominum:* ubi ait Gajus: *Summam de jure perſonarum diviſionem hanc eſſe: quod omnes homines aut liberi ſunt, aut ſervi.* Eſſe enim, præter ſervorum & liberorum hominum perſonas, etiam eas quæ mediam teneant fortunam, auctor eſt Imperator Conſtantinus in *l.* 3. *Cod. Theod.* *Ad Senatuſconſultum Claudianum* his verbis. *Sin mulier ingenua vel ignara vel etiam volens cum ſervo fiſcali convenerit, nullum eam ingenui ſtatus damnum ſuſtinere. Sobolem vero, quæ patre ſervo fiſcali, matre naſcetur ingenua, mediam tenere fortunam, ut ſervorum liberi & ſpurii liberorum Latini ſint, qui licet ſervitutis neceſſitate ſolvantur, patroni tamen privilegio tenebuntur.* Eſt ergo duplex hominum diviſio, in liberos & ſervos: imo triplex, in liberos, ſervos, & eos qui ex utriſque mutuantur, quales Latini: quos & Tacitus notat *lib.* 15. *Annal. c.* 27. *Manumittendi*, inquiens, *duas ſpecies inſtitutas, ut relinqueretur pœnitentiæ aut novo beneficio locus; quos vindicta patronus non liberaverit, velut vinculo ſervitutis attineri:* id eſt, (ut eleganter & verbis Juris Seneca *lib.* 3. *Natural. quæſtion.*) ſolum jure naturæ liberos eſſe, non ex jure Quiritium: ſive, ut ait auctor cujuſdam Fragmenti, (quod Pithœus Notis ſuis ad *Collationem legum Moſaicarum & Romanarum, in fine, pag.* 237. ſubjecit) non eſſe liberos; ſed domini voluntate in libertate morari, & tantum ſerviendi metu dimitti. Addit idem auctor: quod hi principio manebant quidem ſervi, & manumiſſores audebant eos denuo in ſervitutem per vim ducere: interveniebat tamen Prætor; & non permittebat, manumiſſum ſervire: ſed deinde lege Junia propriam libertatem acceperunt, & Latini Juniani facti ſunt: ita tamen, ut quamquam liberi vitam ſuam peragerent, ipſo tamen ultimo ſpiritu ſimul animam & libertatem amitterent; & manumiſſores eorum bona quaſi ſervorum jure quodammodo peculii detinerent. §. 4. *Inſt. de ſucceſſione libertorum.*

Aliud exemplum eſt in §. 3. *Inſt. de jure naturali, gentium, & civili:* in quo ex Ulpiano docet Imperator, jus aliud eſſe ſcriptum, aliud ſine ſcripto venire: cum tamen mixti quoque juris meminerit Paulus *lib.* 5. *Sententiarum tit.* 4. *De injuriis*, *Injuriarum*, inquiens, *actio aut lege, aut more, aut mixto jure introducta eſt. Lege duodecim tabularum de famoſis carminibus, membris ruptis, & oſſibus fractis. Moribus, quotiens factum pro qualitate ſui arbitrio judicis æſtimatum congruentis pœnæ ſupplicio vindicatur. Mixto jure injuriarum actio ex lege Cornelia conſtituitur, quotiens quis pulſatur, vel cujus domus introitur ab his, qui vulgo directarii appellantur* &c. Quid vero mixtum jus eſt? ego puto, id poſſe duobus modis appellari: uno, ſi lex ſcripta ſubſequente deinde uſu recipitur; quo ſenſu omnes leges quibus obligandi vis eſt, mixti juris ſunt; cum legis non receptæ vis nulla ſit: ut Julianus notat in *l.* 32. §. 1. *D. de legibus*; & Practici norunt, Menochius *lib.* 2. *Præſumption.* 2. *n.* 1. Leoninus *conſil.* 10. *num.* 1. altero modo jus mixtum appellatur, cum conſuetudo legi non dat auctoritatem, ſed originem: id eſt, cum viridem vigentemque conſuetudinem ſubſequens poſtea lex firmat: eoque ſenſu poſſit forte lex Cornelia mixti juris videri, apud Paulum dicto loco.

Pariter dicendum eſt de ſenſu *l.* 25. *D. de obligationibus & actionibus:* in qua Ulpianus, ex eoque Imperator in §. 1. *Inſt. de actionibus*, duplicem fecit omnium actionum diviſionem, in rem, & in perſonam. Nam præterea mixtas eſſe actiones tam in rem, quam in perſonam, refert idem Imperator in §. 20. *Inſt. eod. tit.* Credidit quidem Antonius Faber *De Erroribus Pragmaticorum p.* 4. *Decad.* 94. *cap.* 5. *& ſeq.* a Gloſſis violatum eſſe eum locum. ſed male: ajunt quippe Diocletianus & Maximianus ſimiliter in *l.* 7. *Cod. de petitione hereditatis. Petitionem, quæ adverſus pro herede vel pro poſſeſſore poſſidentes exerceri poteſt, præſcriptione longi temporis non ſubmoveri nemini incognitum eſſe, cum mixtæ perſonalis actionis ratio hoc reſpondere compellat* &c. Sed & Paulus *l.* 1. *D. Finium regundorum. Finium*, inquit, *regundorum actio in perſonam eſt, licet pro vindicatione rei ſit.* Hoc eſt, etiam in perſonam eſt actio, licet rei vindicationem contineat: ſive, ut de petitione hereditatis reſpondit Ulpianus in *l.* 25. §. 18. *D. de petitione hereditatis*, *Etſi in rem actio ſit, tamen præſtationes habet perſonales:* id eſt, utrimque mutuatur. Idque de communi dividundo, ac familiæ erciſ-

cundæ, judiciis ſimiliter dicendum eſſe, vult Ulpianus in *l.* 4. §. 3. *D. Communi dividundo*, & *l.* 22. §. 4. *D. familiæ erciſcundæ*: quo minus dubium fuerit, quin præter actiones quæ in rem, quæque in perſonam, ſunt, tertium quoque veniat actionum genus: quibus ex utriſque participantibus, ſimul rem noſtram eſſe, & præterea adverſarium dare facere oportere, intendimus. De quo Hotmanus *ad d.* §. 20. quem vide.

Hactenus de iis diviſionibus a quibus mixtæ ſpecies penitus excluſæ, dixi ſatis: proximum eſt, ut annotem etiam nonnullas in quibus, præmiſſa bipartita diviſione, deinde & tertium genus quod mixtum eſt, ſubjicitur, quaſi enumeratum ante, tametſi non ſit enumeratum. Exemplum habet Modeſtinus in *l.* 4. §. 2. *D. de gradibus*, ſic ſcribens. *Cognationis ſubſtantia bifariam apud Romanos intelligitur: nam quædam cognationes jure civili, quædam naturali connectuntur, nonnunquam utroque jure concurrente, & naturali & civili, copulatur cognatio* &c. Ecce; dupliciter dividitur cognatio, & tamen tria ſunt cognationis genera.

Aliud exemplum habet Gellius *lib.* 2. *Noctium Atticarum cap.* 7. ſic loquens. *Omnia, quæ in rebus humanis fiunt, ſicut docti cenſuerunt, aut honeſta ſunt, aut turpia. Quæ ſua vi recta ſunt, aut honeſta, ut fidem colere, ut patriam defendere, ut amicos diligere, ea fieri oportet, ſive imperet pater, ſive non imperet. Sed his, quæ contraria, quæque turpia & omnino iniqua, ea ne, ſi imperet, quidem. Quæ vero in medio ſunt, & a Græcis tum ἀδιάφορα, tum μέσα appellantur, ut in militiam ire, rus colere, honores capeſſere, cauſas defendere, uxorem ducere, quoniam & hæc & his ſimilia per ſeſe ipſa neque honeſta ſunt, neque turpia, ſed proinde, ut &c.* Quæ locutiones ideo obſervandæ ſunt, ne quis velit, quod video compluribus, iiſque gravibus, Interpretibus placere, facile properare aut ad reprehenſionem aut ad emendationem tum Florentini in *l.* 49. §. 1. *D. de heredibus inſtituendis*, tum Juſtiniani in §. 4. *Inſt. de heredum qualitate & differentia*; ubi ſic ſcribunt. *In extraneis heredibus illud obſervatur, ut ſit cum eis teſtamenti factio, ſive ipſi heredes inſtituantur, ſive hi, qui in poteſtate eorum ſunt: Et id duobus temporibus inſpicitur: teſtamenti facti, ut conſtiterit inſtitutio: mortis vero teſtatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius, & cum adit hereditatem, eſſe debet cum eo teſtamenti factio, ſive pure, ſive ſub conditione heres inſtitutus ſit. Nam jus heredis eo vel maxime tempore inſpiciendum eſt, quo adquirit hereditatem: medio autem tempore inter factum teſtamentum & mortem teſtatoris, vel conditionem exiſtentem, mutatio juris heredi non nocet, quia, ut diximus, tria tempora inſpici debent.* Hæc illi: primum duo exigentes tempora quibus cum herede ſit teſtamenti factio: deinde & tertium. Nec male: eſt enim, ubi inſpicitur aditæ hereditatis tempus; eſt, ubi non inſpicitur: ſive eſt, ubi tempus aditæ hereditatis conjungitur cum mortis tempore: eſt, ubi ſeparatur. conjungitur autem, quatenus vitium, incidens inter tempus mortis & tempus aditæ hereditatis, ubi pura eſt inſtitutio, vel poſt exiſtentem conditionem, ubi conditionalis, aditionem impedit, utcumque ante eam fuerit rurſus ſublatum; ſecus ac fieret, ſi idem inter tempus conditi teſtamenti & mortis contigiſſet. ſeparatur vero, quatenus teſtamenti factio non tantum cum herede tempore ſacti teſtamenti mortiſque exigitur; ſed præterea etiam tempore aditionis: hoc eſt, ſeparatur, quatenus illa, quam dixi, utriuſque temporis conjunctio non operatur hactenus, ut qui tempore mortis capax fuit, idem etiam tunc, cum poſtea capax eſſe defierit, fictione juris adhuc capax intelligatur. Idque eſt, quod in fine *d.* §. 1. dicitur, *Medio autem tempore inter factum teſtamentum & mortem teſtatoris, vel conditionem inſtitutionis exiſtentem, mutatio juris non nocet heredi, quia, ut diximus, tria tempora inſpici debent.* Nam ſenſus eſt, quia hactenus tria hæc tempora, nempe facti teſtamenti, mortis & conditionis exiſtentis inſpici debent.

CAPUT XIII.

1. Id eſt *pro* idem eſt. 2. *Quis ſit ſenſus l.* 42. *D. de verborum ſignificatione Doctorum Virorum opinione.* 3. *Is ſenſus rejicitur. primum, quia tutor doli nomine damnatus, jure tum gentium, tum civili infamis eſt ex Veterum ſententia.* 4. *Deinde, quia tutor damnatus ob latam culpam nec civili jure, nec jure gentium, notatur. Explicatur Edictum Prætoris in l.* 1. *D. de his qui notantur infamia.* 5. *Exploſam eſſe a noſtris ſententiam putantium, omnia peccata eſſe paria; & non eſſe ſapientis, ignoſcere.* 6. *Explicatur Ulpianus in l.* 6. §. 7. *D. eod. tit.* 7. *Doli & latæ culpæ differentia. Rurſus Ulpiano lux l.* 3. §. *ult. D. de ſuſpectis tutoribus.* 8. *Juſtiniani verus ſenſus inveſtigatur in* §. 6. *Inſt. de ſuſpectis tutoribus; etiam Ulpiani l.* 2. §. 41. *D. Ad Senatuſconſultum Tertyllianum.* 9. *Adferuntur complura loca in quibus lata culpa appellatur dolus, & dicitur dolo comparari.*

rari. 10. *Ea quemadmodum accipienda.* 11. *Lata culpa quando infamet, quando non infamet? explicatur l. 7. §. 1. D. de ſuſpectis tutoribus.* 12. *Emendatur & explicatur noviter Ulpianus in d. l. 42. D. de verborum ſignificatione.* 13. *Facile labi Interpretes, cum incidunt in verba, quæ ſecundum quid intelligenda ſunt.* 14. *Paulus explicatur ad Hebræos c. 7. §. 3. locique ſimiles produntur ex Seneca, & Javoleno.* 15. *Verba hæc*, cum alia probatio non eſt, cum deficit probatio, ſi aliter veritas inveniri non poſſit, *quid ſignificent multis in locis.*

1. Apud Ulpianum ſub titulo D. de verborum ſignificatione ſic ſcriptum eſt c. 42.

Probrum & opprobrium, id eſt, probra quædam natura turpia ſunt, quædam civiliter & quaſi more civitatis, ut puta furtum & adulterium natura turpe eſt. Enimvero tutelæ damnari hoc non natura probrum eſt, quod poteſt etiam in hominem idoneum incidere.

Hoc Fragmentum difficile eſt; & interpretationem pleniorem exigit. Ait Ulpianus, *Probrum & opprobrium.* Hæc verba quid velint, latius tradidere Cujacius & Gœddæus *ad tit. D. de verborum ſignificatione.* Deinde ait Ulpianus, *id eſt.* Accurſius legiſſe videtur, *idem eſt*; ut ſenſus ſit, probrum & opprobrium idem eſſe: itaque nonnulli reſtituunt; & bene, ut Albericus Gentilis monuit poſt Fornerium: addens, *id eſt*, pro *idem eſt*, diminute ſcribi ſolere: ejuſque rei etiam Petrus Diaconus meminit: apud quem Nota hæc ID'. E. explicatur *idem eſt*, IDQ. pro *idemque* ſcribitur.

2. Ait porro Ulpianus, *Probra quædam natura turpia ſunt, quædam* &c. Cenſent viri docti, hiſce verbis nihil aliud ſignificare Ulpianum, quam probrum & opprobrium eſſe duûm generum: unum natura, alterum civiliter & quaſi more civitatis: natura quidem furtum & adulterium; ſed more civitatis damnationem tutelæ. Sic viri docti: ſed infeliciter.

3. Tutor enim aut doli aut latioris culpæ damnatur. Et ſi doli damnatur; palam eſt, eum non minus natura, quam jure civili, notari: nam abſque legibus foret; tamen illa juris gentium ratio, & quam natura inter homines conſtituit, repugnaret ſocietas, quo minus hominem homini inſidiari jus faſque eſſet. Pulchre Cicero, *De officiis lib. 3. Rationem*, inquit, *hoc poſtulare, ne quid inſidioſe, ne quid ſimulate, ne quid fallaciter.* Id vero ſi generaliter & in omnibus placet: quanto magis dicendum; cum fraus eſt pupillo innexa a tutore: cujus is curæ fideique idcirco eſt commiſſus, quod ſe ipſe per impuberem ætatem defendere non poteſt? Sed, ut Lactantius ait *lib. 6. Divin. Inſt. c. 12*, magnum eſt juſtitiæ opus, pupillos & viduas deſtitutos & auxilio indigentes defendere: idque univerſis naturali lege præſcribi, non tantum Chriſtiani novimus, ne quis putet; ſed & Gentilibus procul dubio fuiſſe, ex Lucretio *lib. 5. Rerum naturalium*, & Juvenali *Sat.* XV. *verſ.* 131. *& ſeqq.* item A. Gellio *lib. 5. Noctium Atticarum cap.* 13. intelligimus. Neque adeo potuit Lactantius diſſimulare *d. loc.* illos ſentire, natura juſtum eſſe, tueri eos qui tutela carent. Poſſent hæc ſtabiliri plurium auctorum punctis quibus tutoris dolus anumeratur ſceleribus jure naturali aut gentium illicitis: ſed cur conabor, ſolem facibus illuſtrare? Heſiodus tamen, quia omnium inſtar eſt, audiatur. Verſus Heſiodi in vulgata interpretatione in *Operibus & diebus verſ.* 318. *& ſeqq.* ſic habent.

Opes vero non rapiendæ: divinitus enim datæ multo meliores:
Si quis namque & manibus per vim magnas opes traxerit,
Aut lingua ſpoliarit, (qualia multa
Fiunt, quam primum lucri amor mentem deceperit
Hominum: pudorem vero impudentia expulerit)
Facile & illum obſcurant Dii, minuuntur vero familiæ
Viro illi: exiguum vero ad tempus divitiæ adſunt.
Par eſt delictum, ſi quis ſupplicem & hoſpitem malo adficiat,
Quique fratris ſui cubilia adſcenderit,
Furtivi cauſa concubitus uxoris, ſcelerata patrans,
Quique mala cujuſpiam fraude deceperit orphanos liberos.
Quique parentem ſenem miſero in ſenectæ limine
Probris adfecerit, gravibus inceſſens verbis,
Huic certe Jupiter iraſcitur, ad extremum vero
Pro operibus iniquis gravem exhibet talionem.

4. At ſicut in ſuperiore ſpecie in qua ob dolum condemnatur tutor, locum non habent Ulpiani verba; quia tum non minus jure gentium, quam more civitatis, infamatur: ita falſa ſunt, ſi ad latam accommodentur culpam: quia ob hanc damnatus, neque jure gentium, neque more civitatis, probroſus eſt. etſi fatear, ſi ſola conſiderentur Edicti verba quæ extant in *l. 1. D. de his qui notantur infamia*, vix eſſe, ut ab infamia poſſit excuſari tutor, quacumque ratione ſuo nomine damnatus directo judicio. interim ut in plerîſque aliis cum Legibus, tum Edictis, factum: ita in hoc obſervaſſe videntur Juriſconſulti; ut Edicti verba ab ejus mente diſcernerent; & cum generaliter ediceret Prætor, infamia notari eum qui tutelæ ſuo nomine non contrario judicio damnatus erit; multum referre exiſtimarent,

utrum ob dolum, an ob culpam, ob malitiam, an ob ignorantiam, damnaretur; ignoſcendumque eſſe illi, ſi ad peccatum ignoranter, imprudenter, incauteque laberetur; veniam vero habere, ſi ſciens peccaret, non oportere.

5. Hujus obſervationis quæ habeo teſtimonia documentaque, paucis adſcribam verbis. Primum erit, quod paſſim exploſa eſt ſententia eorum qui definiunt, omnia peccata eſſe paria; neque ſapientis eſſe, ignoſcere: vel Seneca teſte *lib.* 2. *De clementia c.* 5. *& ſeqq.* & Cicerone *pro Murena*; ne quid de noſtris dicam, apud quos ea res certiſſima eſt.

6. Alterum argumentum eſt, quod Prætor ipſe, quamquam in Edicto generaliter atque indiſtincte loquitur de notandis his qui ſuo nomine damnati erunt tutelæ directis judiciis; tamen ab infamia liberat damnatos contrariis judiciis; ac, niſi fallor, oſtendit illo exemplo, quis animus ejus ſit etiam in directis judiciis: præſertim cum neque dubium ſit; quin ſi unum vel alterum lege introductum eſt; bona occaſio ſit, cætera quæ tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione vel juriſdictione ſuppleri *l.* 12. *&* 13. *D. de legibus*. Sed Ulpianus animum Prætoris illum quem dixi, ex eodem principio vere & pulchre exprimit *l.* 6. §. 7. *D. de his qui notantur infamia: Contrario*, inquiens, *judicio damnatum non eſſe infamem, nec immerito; nam in contrariis* (judiciis) *non de perfidia agi, ſed de calculo, qui fere judicio ſolet dirimi*. Clare enim Ulpianus duo, quaſi certa atque explorata, tradit: primum, Prætoris Edicto notari perfidiam; excuſari errorem; & quidquid perfidiæ appellatione non continetur: deinde, non eſſe infamem, qui eſt damnatus contrario tutelæ judicio. clare, inquam: nam damnatus contrario tutelæ judicio, non fit infamis ex Ulpiani ſententia: & eſt ratio, quia in contrariis judiciis non ſolet agi de perfidia. quare prius eſt, ut tutor propter perfidiam fiat infamis: neque hoc tantum; ſed etiam, ut propter ſolam: abſque enim illo eſſet; vana foret Ulpiani concluſio: dicentis, Edictum ad contraria non pertinere: quia in hiſce non ſolet quæri de perfidia. quod ſi autem Prætor ſolam notat tutoris perfidiam: ſine dubio probatum eſt, eum ob latam culpam damnatum, non modo non jure gentium, ſed nec more civitatis, notari.

7. Siquidem alia eſt lata culpa; alius dolus, ſeu perfidia: dolus naſcitur ex conſilio; lata culpa ex ſocordia, ex ſimplicitate: dolus ſcientiam habet; lata culpa ignorantiam: dolus eſt omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita *l.* 1. §. 2. *D. de dolo malo*; lata culpa eſt nimia negligentia: id eſt, non intelligere quod omnes intelligunt *l.* 213. §. *ult. D. de verborum ſignificatione*: itaque Terentius in *Hecyra* 2. 1. operam a culpa ſeparat, teſte Donato: qui ait, operam eſſe, ſi ſcientes læſerimus; culpam, ſi neſcientes: alteram ſceleris, alteram ſtultitiæ, eſſe. Sed quid multa? ipſe in hunc ſenſum Ulpianus *l.* 3. §. *ult. D. de ſuſpectis tutoribus*.

Qui, inquit, *ob ſegnitiem, vel ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, vel ineptiam, remotus ſit, in hac cauſa eſt, ut integra exiſtimatione tutela vel cura abeat.*

E re erit, ſingula Ulpiani verba exponere: quia moleſta ſunt Studioſis Juris. Primum quid *ſegnities*, niſi animi hebetatio, niſi ſtupiditas: id eſt, lata culpa, ſive non intelligere quod omnes intelligunt? Hoc ſenſu *ſegnitiem* accepit Juſtinus *lib.* 34. *Rex*, inquiens, *Syriæ Antiochus Ptolomæo, majoris ſororis ſuæ filio, Regi Ægypti, bellum infert, ſegni admodum & quotidiana luxuria ita marcenti, ut non ſolum regiæ majeſtatis officia intermitteret, verum etiam ſenſu hominis nimia ſagina careret.* Non minus clara apud Ulpianum *ineptiæ* ſignificatio eſt. nam, ut Iſidorus, *lib.* 10. *Originum*, *Ineptus apto contrarius eſt, quaſi inaptus.* Et Donatus, in *Auctoribus Latinæ linguæ pag.* 1354. *Ineptum*, inquit, *quod a quovis reprehendi poteſt.* Et *pag.* 1357. *Ineptum eſt tantum ſtultum.* Idem de *ſimplicitate* dicam, vel Juſtiniano teſte *l. ult.* §. 1. *C. Arbitrium tutelæ*, ſequentibus verbis. *Neque enim ſic homo ſimplex, imo magis ſtultus invenitur, ut in publico inventario ſcribi contra ſe aliquid patiatur.* Apulejus *Apologia*, ſimili ſenſu, *Quæ*, inquit, *ab illis ad oſtendendum crimen objecta ſunt vana & inepta & ſimplicia. Simplicitati* jungit Ulpianus *ruſticitatem*: quomodo Ovidius, *Heroid. Epiſt.* 16.

Ah nimium ſimplex Helene, ne ruſtica dicam.

Eam autem *ruſticitatem* cum *imperitia* a *dolo* ſeparat Ulpianus *l.* 7. §. 4. *D. de juriſdictione.* Sed nec *inertiam* Ulpianus *d. l.* 3. §. *ult.* a lata culpa diſtinguit. nam, ſi Iſidoro credimus *d. lib.* 10. *pag.* 1078. *Iners ſine arte, & ob hoc ne operis quidem ullius.* quin Horatius *lib.* 1. *Epiſt.* 11. *inertiam* pro *ſtultitia* dixit ſequentibus verbis.

Strenua nos exercet inertia: navibus atque
Quadrigis petimus bene vivere.

Ovidius quoque *lib.* 5. *Faſtorum*. Verba Ovidii.

Venerat in morem populi depaſcere ſaltus:
Idque diu licuit, pœnaque nulla fuit.
Vindice ſervabant nullo ſua publica vulgus,
Jamque in privato paſcere inertis erat.

Sed apparet, *ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, ineptiam*, Ulpiano *d. l.* 3. §. *ult.* eſſe latam culpam: ac proinde, cum ei infamis non habetur tutor, ob ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, vel ineptiam, remotus: quid reſtat, niſi ut infamis ei non habeatur tutor, a tutela ob latam culpam remotus?

8. Ulpiano addam Imp. Juſtinianum §. 6. *Inſt. de ſuſpectis tutoribus*; aut enim me fallit conjectura, aut ſenſu plane ſimili, *Suſpectus*, in-

inquit, *remotus, ſi quidem ob dolum, famoſus eſt: ſi ob culpam, non æque.* Dolum certe opponit culpæ; ac doli nomine perfidiam, operam, conſilium, complectitur; culpæ vero verbo non aliam, quam latam, ſignificat. Atque huic meæ interpretationi quod firmius certiusve dabo argumentum; quam quod tutor a tutela nuſquam in toto Juris Corpore ob levem culpam removetur; cum ne cauſa quidem ſit virum bonum & idoneum ab ea removendi ob errorem levem: ſed ob ſegnitiem, ruſticitatem, ineptiam, ſimplicitatem, inertiam, id eſt, ob id quod idoneus non eſt ad adminiſtrandum, ſive, ut dixi, ob latam culpam, eum a tutela integra exiſtimatione abire, rationis eſt, & ex Ulpiano mox demonſtratum eſt? Sed & idem Ulpianus in quadam Severi Conſtitutione quæ eſt in *l.* 2. §. 2. *D. Qui petant tutores, & l.* 2. §. 23. *D. Ad Senatuſconſultum Tertyllianum*, tutores *rejectos* exponit, *ſuſpectos* remotos, vel *ob negligentiam* vel *ignaviam* repulſos *d. l.* 2. §. 41. *D. eod. tit.* Id vero indigitat, vel ob dolum malum rejectos, vel ob culpam latam. nam, ſi Nonium audimus, *Ignavum & ſegne, torpidum, effeminatum & ſine igni.* Feſtus autem *Negligentem* exponit, *non legentem, neque electum habentem quid debeat facere.* Cicero *lib.* 2. *De inventionibus c.* 32. *Non hanc imprudentiam, aut cauſam, aut neceſſitudinem, ſed inertiam, negligentiam, fatuitatem nominari oportere.* Qualem in Claudio negligentiam obſervat Suetonius in *ejus vita cap.* 40. his verbis. *Sermonis vero rerumque tantam ſæpe negligentiam oſtendit, ut nec quis, nec inter quos, quove tempore ac loco, verba faceret, ſcire ac cogitare exiſtimaretur.* Eam negligentiam Ulpianus *l.* 7. §. 2. *D. de adminiſtratione tutorum* vocat, *latam negligentiam*; & in *l.* 213. §. *ult. D. de verborum ſignificatione, latam culpam: Lata*, inquiens, *culpa eſt nimia negligentia, id eſt, non intelligere quod omnes intelligunt.* Atque hoc ſi eſt: (eſt autem veriſſimum) probatum eſt, Juſtinianum *d.* §. 6. cum ait, *Suſpectum remotum, ſi quidem ob dolum, famoſum eſſe: ſi ob culpam, non æque*, nihil aliud velle; quam tutorem ob dolum remotum, infamem eſſe; ob culpam latam, non æque: ſcilicet, quia numquam tutor ob levem culpam removetur; latæ vero culpæ talis cohæret ignorantia, ut dolo careat *l.* 2. §. 5. *D. de doli mali exceptione.*

9. Videamus tamen, (inquies) ne hoc falſum ſit: nam etſi culpa lata non ſit dolus; ſolet tamen dolo comparari *l.* 1. §. 1. *D. Si menſor falſum modum dixerit*, prope dolum eſſe *l.* 29. *D. Mandati*, in doli crimen cadere *l.* 1. §. 5. *D. de obligationibus & actionibus*, dolus eſſe *l.* 226. *D. de verborum ſignificatione.* Nec adeo mirari quiſquam debet: ſi Imperator *d.* §. 6. doli vocabulo cum dolum comprehenderit, tum latam culpam. In primis, cum & Ulpianus hoc faciat in *l.* 7. §. 1. *D. de ſuſpectis tutoribus, & l.* 42. *D. de verborum ſignificatione.*

10. Sed diſcutio illam nubem; & dico, latam culpam a noſtris ſub dolo quandoque comprehendi: non quia eſt; (nihil enim, ſi bene ponitur calculus, æque dolo adverſatur, quam erroris & ſtultitiæ ſuſpicio, *per Gloſſam in l.* 1. *in fine D. de abigeis, & textum in l.* 12. §. 2. *&* 3. *D. de liberali cauſa*) ſed quia per culpam dolo proximam dolus repræſentatur, auctore Ulpiano in *l.* 1. §. 2. *D. Si is qui teſtamento liber:* hoc eſt, quia lata culpa præſumptione dolus eſt: ut bene Viri Clariſſimi, Andreas Alciatus ad *d. l.* 226. *D. de verborum ſignificatione*, & Johannes Coraſius *lib.* 4. *Miſcellan. cap.* 1. *&* 2. *num.* 10. Præſumptione, inquam: dolus enim quia plerumque fit latenter, verſuteque, ideo difficilis habetur conjecturæ; &, ut dicit *l.* 6. *Cod. de dolo malo*, ex perſpicuis indiciis, vel, ut legit alicubi Vir Summus, Jacobus Cujacius, inſidiis, ſufficienter oſtenditur: ne, ſi certiora & pleniora deſideret argumenta, quam ratio aut temporis aut negotii produci patitur, dolus ſeveritatem Juris ſola probandi difficultate aut moretur, aut inanem faciat. At quod poteſt dari commodius machinationis argumentum, quam lata culpa? Solet dici, qualitatem naturalem intelligi unicuique homini naturaliter ineſſe. Quod ſi eſt; quæſo, an cui ſano homini videbitur non affectata eſſe ignorantia ejus qui quidem fatetur, ſe alii nocuiſſe; ſed quia non intellexit id quod omnes homines intelligunt? Non puto, neque aliud velle Juriſconſultos in *d. l.* 29. *D. Mandati. d. l.* 226. *D. de verborum ſignificatione. d. l.* 1. §. 5. *D. de obligationibus & actionibus. l.* 8. §. 3. *D. de precario, l.* 8. *D. de edendo.* Quamquam, cum conjectura cedat conjecturæ, & præſumptionem quæ levior, vincat gravior præſumptio, haud idem dicendum cenſeo: ſi aliunde appareat de hominis ineptia, ſive vitio naturæ, ſive ſequiore educatione, ſive ſimiliter contracta: ut in *l.* 213. §. *fin. D. de verborum ſignificatione. l.* 32. *D. Depoſiti. d. l.* 1. §. 1. *D. Si menſor falſum modum dixerit. l.* 3. §. 22. *D. de Senatuſconſulto Silaniano. l.* 7. §. 4. *D. de juriſdictione. l.* 1. §. *ult. D. de edendo.*

11. Sed quorſum hæc? nimirum, ut pateat, quotiens dolo proxima eſt nimia negligentia; totiens eam æque ac dolum infamia puniri utroque jure, id eſt, gentium & civili: quia non minorem, quam dolus, malitiam continet: imo creditur dolus eſſe, ſed ferre ſpeciem ignaviæ non veram. Atque ita intelligo Ulpianum in *d. l.* 7. §. 1. *D. de ſuſpectis tutoribus*; ubi, *Si*, inquit, *fraus non ſit admiſſa, ſed lata negligentia, quia ipſa prope fraudem accedit, removeri hunc quaſi ſuſpectum oportet.* Senſus enim eſt, Ad remotionem tutoris ſuſpecti non utique neceſſariam eſſe probationem fraudis apertæ & manifeſtæ; ſed ſufficere latam culpam: quæ etſi proprie non

ſit

ſit dolus; tamen ex ea, quaſi ex conjectura ſatis idonea, plerumque dolum ac fraudem colligi. cæterum, ſi culpa lata nihil habeat præter meram ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem; ut ſi tutor, verbi gratia, probet, ſe ad ſuum modum verſatum eſſe in tutela: (neque enim ipſe ſe decipere, aut ſibi nocere quiſquam facile præſumitur) putem, magis eſſe, ut nec jure gentium, nec more civitatis, probrum exiſtat: ut ſupra dixi; & optime diſputat Tryphoninus *l. ult. D. Ubi pupillus educari vel morari debeat*, & Ulpianus in *l. 3. §. ult. & l. 4. D. de ſuſpectis tutoribus.*

12. At nimis aperte adverſatur Ulpianus in *d. l. 42. D. de verborum ſignificatione*; cum, *Enimvero*, inquit, *tutelæ damnari hoc non natura probrum eſt, ſed more civitatis. Nec enim natura probrum eſt, quod poteſt etiam in hominem idoneum incidere.* Falleris. non adverſatur Ulpianus; ſed manus Interpretis: qui cum videret, furtum atque adulterium appellari probra jure naturali turpia, ab iiſque tutelam ſeparari; deducto a contrario ſenſu argumento, docuit, eam non natura quidem notari, ſed tamen more civitatis infamiam non effugere: quaſi probro dupliciter diviſo, in illud, quod civili, quodque naturali, jure probrum eſt, tutelæ condemnari faceret poſterioris membri exemplum, cum non eſſet prioris. Ergo Gloſſam tolle; & ſana ac tranquilla erit mens Juriſconſulti: tolletur autem haud improbabiliter hoc modo.

Probrum & opprobrium idem eſt: probra quædam natura turpia ſunt, quædam civiliter & quaſi more civitatis, ut puta furtum, adulterium natura turpe eſt. Enimvero tutelæ damnari, hoc non natura probrum eſt. * *Nec enim natura probrum eſt, quod poteſt etiam in hominem idoneum incidere.*

Nihil dici neque tam apte, neque tam convenienter Ulpiano, poteſt. Probrum bifariam dividit; ſed, quod novum non eſt in iſtis Pandectarum Fragmentis, diviſioni unius dumtaxat ſpeciei exemplum ſubjicit, non utriuſque: ſenſus vero eſt, Probra quædam natura turpia ſunt, quædam civiliter & quaſi more civitatis; ut puta furtum & adulterium natura turpe eſt: hoc eſt, natura ſemper turpe eſt; quia, niſi dolus adſit, nec furtum, nec adulterium, dici poteſt: teſte Ulpiano in *l. 51. D. Pro ſocio*, Gajo in *l. pen. D. Ad legem Juliam de adulteriis*, & Auguſtino apud Gratianum in *c. ſi virgo. 34. quæſt.* 1. ſed tutelæ damnari non natura probrum eſt: nec enim natura probrum eſt, quod poteſt etiam in hominem idoneum incidere: hoc eſt, tutelæ damnari non ſemper natura probrum eſt: nam tutor tutelæ non utique ob dolum ſeu perfidiam, ſed etiam ob culpam, ob ignorantiam, ob ſegnitiem, ruſticitatemque, naturalem damnatur: quæ natura probrum non eſt; cum plerumque incidat in hominem idoneum: id eſt, ut Paulus loquitur in *l. 4. D. de popularibus actionibus*, in perſonam integram, ſive in perſonam integræ exiſtimationis. nam & Pomponius hoc ſenſu ait in *l.* 112. *§. 1. D. de verborum obligationibus*, reum idoneum non tam patrimonio, quam fide quoque, æſtimari; & Javolenus in *l. ult. D. de tabulis exhibendis*, de tabulis exhibendis interdictum competere non oportere, ſi hereditatis controverſia ex his pendet, ſed in æde ſacra interim deponendas eſſe, aut ad virum idoneum. Ita mihi videtur, & noviter. Aliter de hiſce Jacobus Cujacius, Albericus Gentilis & Johannes Gœddæus *ad d. l.* 42. item Antonius Contius & Jacobus Gothofredus *ad l. 23. D. de regulis juris*, Franciſcus Duarenus *ad tit. Pandect. de in litem jurando, num.* 35. Franciſcus Hotmanus, Arnoldus Vinnius, alii *ad d. §. 6. Inſt. de ſuſpectis tutoribus.*

* Sed more civitatis.

13. Plane ante, quam hinc diſcedam, adhuc monendum eſt, ne fortaſſe paulo durior videatur conjectura noſtra, nihil æque familiare eſſe pleriſque ſcriptoribus, quam uti locutionibus quæ multo ſint, quam eas eſſe oportet, latiores: nec tamen uſquam facilius labi etiam ſummos Interpretes; quam cum incidunt in ejuſmodi verba quæ adhibita moderatione, ſive, ut vulgo dicitur, potius ſecundum quid ſunt capienda, quam ſimpliciter.

14. Ex hoc genere adſcribam locum unum atque alterum; tum, quia præſenti ſpeciei, itemque capiti primo hujus libri, videntur inſervire; tum etiam, quia habent ſententiam, omnibus non æque perſpicuam. Divus Paulus in *Epiſtola ad Hebræos cap.* 7. §. 3. de Melchiſedeco loquens, ait, eum fuiſſe ſine patre, ſine matre, ſine genere; nec initium dierum, neque vitæ finem habentem. Quid ita? tantum quia Moſes, Vir Divinus, cum de Melchiſedeco loqueretur, nec ante, nec poſtea, parentum ejus nomina adſcripſit. Ea eſt Veterum Interpretum frequentior ſententia: quæ licet aliis vix ſapiat; mihi tamen cur diſpliceat, non ſatis liquet: ubi de iis quæ non apparent, ita fere ſolet judicari, ac ſi non eſſent: ut Javolenus meminit in *l. 77. D. de contrahenda emptione.* In primis vero ſentio, ab ea loquendi ratione ne Senecam quidem abſtinuiſſe in *Epiſtola ad Lucilium* 108. ubi ſic infit. *Cum ad hanc eandem lectionem philologus acceſſit, hoc ſubnotat, duos Romanos reges fuiſſe, quorum alter patrem non habet, alter matrem. Nam de Servii matre dubitatur, Anci pater nullus, Numæ nepos dicitur.* Adverte. negat Seneca, alterum patrem, alterum matrem, habuiſſe: non quia non habuere; ſed quia ignorantur, literis non proditi. Sed & idem Seneca *l. 1. Natural. quæſtion. cap.* 1. *Quid ſi dicam* (inquit) *ſtellas interdiu non eſſe, quia non apparent? Quemadmodum illæ latent, & ſolis fulgore obumbrantur: ſic faces quoque tranſcurrunt, etiam interdiu, ſed abſcondit eas diurni luminis claritas.*

15. Exemplum hoc unum eſt: ſequitur alterum. Modeſtinus in *l. 7. D. de teſtibus* ait, *Servi reſponſo tunc credendum eſſe, cum alia probatio ad eruendam veritatem non eſt.* Ac convenienter Modeſtino Paulus in *l. 7. D. de probationibus. Cum probatio prioris fugæ deficit, ſervi quæſtioni credendum eſſe.* Quin imo apud Marcianum legitur in *l. 9. D. de quæſtionibus. Divum Pium reſcripſiſſe, poſſe de ſervis haberi quæſtionem in pecuniaria cauſa, ſi aliter veritas inveniri non poſſit, quod & aliis Reſcriptis caveri. Sed hoc ita eſſe, ut non facile in re pecuniaria quæſtio habeatur; ſed ſi aliter veritas inveniri non poſſit, niſi per tormenta, licere habere quæſtionem, ut & Divus Severus reſcripſit.* At e contrario ſcribit Ulpianus in *l. 1. D. eod. tit. Non eſſe a tormentis incipiendum, & Divum Auguſtum conſtituiſſe, neque adeo fidem quæſtioni adhibendam eſſe.* Præterea, *epiſtola Divi Hadriani ad Sennium Sabinum contineri, Ad tormenta ſervorum ita demum veniri oportere, cum ſuſpectus eſt reus, & aliis argumentis ita probationi admovetur, ut ſola confeſſio ſervorum deeſſe videatur.* Idemque Paulus confirmat in *l. 20. D. eod. tit.* in tantum, ut a tormentis incipi putet, ſi ex unius teſtimonio habeatur quæſtio: additque, decreto Imperatoris ex facto pronuntiatum eſſe, ejuſmodi quæſtionem illicite habitam, & unius teſtimonio non eſſe credendum. Sed & Diocletianus & Maximianus reſcribunt in *l. 8. §. 1. Cod. dict. tit. Oportere judices nec in his criminibus: quæ publicorum judiciorum ſunt, ad inveſtigationem veritatis a tormentis initium ſumere: ſed argumentis primum veriſimilibus probabilibuſque uti, & ſi his veluti certis indiciis ducti, inveſtigandæ veritatis gratia ad tormenta putaverint eſſe veniendum, tunc id demum facere debere, ſi perſonarum conditio patiatur.* Quid ergo? dicitur in ſuperioribus locis deficere probatio: non quæ penitus nulla eſt; ſed quæ collata cum pleniore, pro nulla habetur: tantum quod ſola ad condemnationem non ſufficit; licet alioquin idonea ſit ad quæſtionem. Idque, puto, eſt quod idem Paulus dicit in *l. 58. §. fin. D. de Ædilitio edicto, Si & alia indicia prioris fugæ non deficiunt, tunc etiam ſervi reſponſo credendum eſſe.* Nam ſenſus eſt, plena probatione deficiente, indiciis veriſimilibus & veluti certis non deficientibus, etiam eſſe ſervi reſponſo credendum, & de eo quæſtionem haberi poſſe. non enim eſſe ſervo homini teſtimonii dictionem ſine tormentis, etiam Terentius monuit *in Phormione*; & traditur in *l. 4. Cod. de ſervis fugitivis.* Plutarchus quoque in *Quæſtionibus Romanis*, quærens, cur Flamini Diali non liceat jurare, hanc adfert cauſam, quia jusjurandum eſt liberorum tormentum, ſacerdotis autem & animum & corpus torturæ expers eſſe oportet. Idque Cujacio, Viro Clariſſimo, ſuboluit ad *Paulum lib. 2. Sententiarum tit. 17.* qui tamen rurſus diſſentit *lib. 2. Obſerv. c. 32.* & *lib. 20. c. 28.* ut & Samuel Petitus: qui eam ſeditionem nova interpunctione componendam eſſe, exiſtimat ad *leg. Attic. lib. 4. tit. 7. pag. 352.*

FINIS LIBRI I.

PROBABILIUM JURIS CIVILIS.

E GERAR-

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Antecesſoris,

PROBABILIUM JURIS CIVILIS LIBER SECUNDUS.

Caput I.

1. Beneficium divifionis fidejuſſoribus per exceptionem permitti. Eam exceptionem a Prætore poſtulandam eſſe in jure. Si illic omiſſa ſit, deinde in judicio coram Judice fruſtra opponi. 2. Reſcriptum Imperatoris Alexandri, quod eſt in l. 10. C. de fidejuſſoribus & mandatoribus, emendatur noviter duobus locis.

1. Auctor Juſtinianus eſt §. 4. *Inſt. de fidejuſſoribus*, ſi plures fidejuſſores ſint: quotquot erunt numero, ſingulos in ſolidum teneri, itaque liberum creditori eſſe, a quo velit, ſolidum petere: ſed ex epiſtola Divi Hadriani compelli creditorem, a ſingulis qui modo ſolvendo ſunt litis conteſtatæ tempore, partes petere. Hujus vero rei rationem ego hanc eſſe ſemper exiſtimavi, quod ea obligatio exceptione, non ipſo jure, inter plures fidejuſſores dividitur *l. 26. l. 28. D. eod. tit.* ſolet autem exceptio poſtulari in jure a Prætore; ab eoque formulæ litis conteſtatæ tempore inſeri: quo facto, in judicio & probari a reo, & admitti a Judice, poteſt: quod ſi in jure petita a Prætore non ſit, deinde poſt litem conteſtatam apud Judicem objici non poteſt: propter naturam fidejuſſionis quæ ſtricti juris eſt: ſtipulatione enim conſtat; ex qua ſi agitur, Judicem formula includit, & certos quos non excedat, terminos ponit: teſte Seneca, *De beneficiis lib. 3. cap. 7.* denique ait Cicero, *lib. 2. De inventione*, in jure plerumque & exceptiones poſtulari, & quodammodo agendi poteſtatem dari, & omnem conceptionem privatorum judiciorum conſtitui.

2. Hoc liquidum & verum. Sed unus turbat Imperator, Alexander, *l. 10. C. de fidejuſſoribus & mandatoribus.* Verba Alexandri.

Fidejuſſor, ſeu mandator, ſi in uſuras quoque obligatus eſt, juſtam cauſam recuſandi eas ſolvere non habet. Ut autem is, qui cum altero fidejuſſit, non ſolus conveniatur; ſed dividatur actio inter eos, qui ſolvendo ſunt, ante condemnationem ex ordine poſtulari ſolet.

Ea eſt editorum librorum conſtans lectio: vult autem, niſi fallor, neceſſe non eſſe, ut exceptio diviſionis ante litem conteſtatam impetretur: nam & in jure omiſſam, deinde in judicio coram Judice uſque ad ſententiam recte atque ordine poſtulari. Quod mirum eſt ni moribus Veterum tam repugnet, quam quod maxime: & ideo hanc domi mecum feci conjecturam, mendam latere eo in loco: eſſe enim pro *condemnationem* literis totidem legendum *conteſtationem*; itaque Alexandrum ſcripſiſſe: ſed quemadmodum evenit in *l. 51. §. 1. D. de fidejuſſoribus*, ut illic exemplaria quædam, omiſſo verbo *conteſtationis*, tantum facerent mentionem *litis*; cum utrumque & *litis* & *conteſtationis*, ſi Accurſianæ credimus editioni, Papinianus expreſſiſſet: ſic verſa vice eveniſſe in *d. l. 10. §. 1.* quod ibi a manuſcripto codice abeſſet vocabulum *litis*; & adeo pro *ante litis conteſtationem* haberetur *ante conteſtationem*: ut Librarius verbum iſtud, quaſi alienum a loquendi uſu, commutaret in *condemnationem*: tum porro Gloſſator aliquis, quia hærebat ei ſcrupulus ex ſequiore ſcriptura, nec cauſa mali in promptu erat, eo malo defungi ſibi videretur per explicationem verbi *fidejuſſor*, eamque ob rem ad marginem adjiceret, *ſeu mandator*: perinde quaſi Imperatori ſermo eſſet, non de fidejuſſore proprie dicto qui tenetur judicio ſtricti juris; ſed de mandatore qui tenetur judicio bonæ fidei; & quia exceptiones bonæ fidei judiciis inſunt *l. 3. D. de reſcindenda venditione*, *l. 84. §. 4. D. de legatis lib. 1. l. 21. D. Soluto matrimonio*; idcirco eas in his a Prætore in jure ſpecialiter impetrari & permitti, nihil attineret; quin (ut Seneca ait *d. lib. 3. c. 7.*) arbitri libera & nullis adſtricta vinculis religio & detrahere aliquid poſſet & adjicere; & ſententiam ſuam, non prout lex aut juſtitia, ſed prout humanitas & miſericordia impulit, regere. Sed id etſi verum ſit: qui tamen huic reſpondeat loco; equidem vix poſſum ad conjecturam evadere:

diſtat enim fidejuſſor a mandatore toto cœlo *l.* 32. *D. Mandati:* etſi in quibuſdam ſpeciebus comparentur *l.* 10. *C. eod. tit.* & *l.* 19. *C. de fidejuſſoribus.* certe verbum de mandatore nullum in §. 1. *d. l.* 10. *C. eod. tit.* tantum agitur de eo qui cum alio fidejuſſit. probabile igitur eſt, idem factum eſſe in principio; ubi occœpta primum eſt ſpecies quæ deinde continuata in §. 1. His accedit, quod pars hæc principii, *ſi in uſuras quoque obligatus eſt*, ſapit ſtipulationem, qua uſuræ in judiciis ſtricti juris ſpecialiter promitti conſuevere: at eæ uſuræ in mandato & cæteris bonæ fidei judiciis ex mora debentur officio Judicis; tum generaliter, quotiens is ex æquo ac bono arbitratur *l.* 12. §. 9. *D. Mandati.* Adeo, ſicut aliud eſt, uſuras officio Judicis; aliud, uſuras ex obligatione, deberi *l.* 54. *D. Locati conducti:* ita prope abeſt, ut hæc verba, *ſi in uſuras quoque obligatus eſt*, ad fidejuſſorem ſpectent; iſta autem (*ſeu mandator*) pro ſpuriis vel diſpungenda ſint, vel rejicienda in marginem ex qua in textum nullo jure irrepſerunt. Sic mihi ſedet: ſed ne aliis quandoque relinquatur occaſio dubitandi: hoc agam, addam alia paucula quæ habent cauſam juvandæ conjecturæ noſtræ haud levem. In quibus hoc primum eſt, quod Imperator hic utitur verbo *poſtulari: Ut*, inquiens, *dividatur actio inter eos, qui ſolvendo ſunt, ante litis conteſtationem* (ſic lego, vel, *ante conteſtationem*, ut in *l.* 10. *C. de adquirenda poſſeſſione*) *ex ordine poſtulari ſolet.* Poſtulare autem eſt, ut Ulpianus refert, deſiderium ſuum vel amici ſui in jure coram eo qui juriſdictioni præeſt, exponere, vel alterius deſiderio contradicere *l.* 1. §. 1. *D. de poſtulando. l.* 4. §. 8. *D. de damno infecto.* Deinde ait Imperator, *poſtulari ex ordine ſolere:* nec dubito, quin deſignetur certiſſimus judiciorum ordo quem ſupra oſtendi velle, ut exceptio in judiciis ſtricti juris a Prætore nominatim impetretur, & formulæ inſeratur: formulam vero ſimul cum Judice, ante litem conteſtatam, peti & dari conſueviſſe, notius eſt, quam ut probatione indigeat. Quamobrem cenſui, ni fallor, recte; pro *condemnationem* reſtituendum eſſe, *conteſtationem litis*, verbum idoneum valde in hac parte & prope aſſiduum. Id, ne alia adſcribam, uno ſaltem loco demonſtraſſe contentus ero: qui locus in Accurſii exemplari cujus ante mentionem feci, ſic habet. *Fidejuſſor, qui partem pecuniæ ſuo nomine vel rei promittendi ſolvit, quo minus reſidui facta diviſione portionis judicium accipiat, recuſare non debet: eam enim quantitatem inter eos, qui ſolvendo ſunt, dividi convenit, quam litis conteſtatæ tempore ſinguli debent: ſed humanius eſt, ſi & alter ſolvendo ſit, litis conteſtationis tempore per exceptionem ei, qui ſolvit, ſuccurri. l.* 51. §. 1. *D. de fidejuſſoribus.*

Expoſui meam conjecturam de ſcriptura Imperatoris, Alexandri, in *d. l.* 10. Sed an neceſſariam? poſſit ambigi, propter *l.* 4. *C. de exceptionibus:* quæ eſt ejuſdem Alexandri; neque videtur habere ſenſum illi, ſed inemendatæ, diſſimilem in ſequentibus verbis. *Cum nondum finitam ſententia cauſam, ſed dilatam allegetis, non eſt dubium omnes integras defenſiones vobis eſſe.* Verum dicam, Alexandrum eo in loco reſcripſiſſe ad factum. in quo erat judicium bonæ fidei: cui exceptiones inſunt, etſi a Prætore ſpecialiter non ſint impetratæ. Utique nolim, eum locum referri ad actionem ſtricti juris: niſi in ea ponatur exceptio a Prætore ante poſtulata & impetrata eſſe: quo caſu conſtat, eam reo etiam in ſtricti juris judiciis integram eſſe uſque ad ſententiam. Quid, ſi idem fingatur in ſpecie *d. l.* 10. §. 1? velim, ſi poſſim bona fide, ne habeam opus emendatione. ſed intercedit loci tenor: qui eſt de exceptionis ſive diviſionis poſtulatione, ut ex verbis ejus apparet: cum ſermo *d. l.* 4. ſit de poſtulatæ & impetratæ exceptionis uſu: inter quæ plurima differentia eſt. poſtulatur enim exceptio in jure apud Prætorem ante litem conteſtatam: at poſtulata & impetrata in jure apud Prætorem, deinde poſt litem conteſtatam uſque ad ſententiam uſum invenit apud Judicem a Prætore datum. Ita obtinuit tempore Imperatoris Alexandri cujus eſt utraque allegata lex: etiam tempore Imperatorum Diocletiani ac Maximiani: quamquam hoc cœperint Præſides ipſi per ſe cognoſcere, niſi multitudine litium negotiorumve impedirentur *l.* 2. *C. de pedaneis judicibus:* quantum enim ad exceptiones aut conteſtandas aut opponendas attinet, adhuc nihil mutatum fuit; ut liquet ex *l.* 8. & 9. *C. de exceptionibus:* ac proinde non erravero, ſi ſimiliter acceperim *l.* 2. *C. Sententiam reſcindi non poſſe:* quæ eſt eorumdem Imperatorum; & præterea rem definit auctoritate Edicti perpetui quo hæc, quæ dixi, certiſſima fuere. Sed de his plura *lib.* 1. *De juriſdictione & imperio cap. ult.*

Caput II.

1. Si Juriſconſultus in reſponſis ſuis ac commentariis diverſa præcipiat, utrum reſpondenti habenda fides ſit, an docenti? 2. Et quid in antiquis auctoribus? Scævolam in l. 14. D. de tranſactionibus non videri ſervaſſe omnino laudem ingenuitatis: inaudita hactenus ſententia. 3. Species & definitio l. 3. D. eod. tit. 4. Aliorum ad Scævolam placita: in quibus primum Accurſii, Cujacio & Baroni probatum, refellitur. 5. Accurſii altera ſenten-

Digitized by Google

tia, quæ & Udalrici Zaſii eſt, rejicitur. 6. Accurſii tertia conjectura, item Antonii Fabri, infirmatur.

1. Poſtquam uſu venit, ut qui populi Romani, aliarumve gentium, leges moresve interpretati ſunt, ſæpe alia, quam in commentariis ſuis tradiderant, conſulentibus de jure reſponderent: quæri cœpit, utrum potius eorum reſponſis, an commentariis, credendum foret? Et placuit Nicolao Boërio, *Deciſ.* 155. reſponſis fidem adhibere, velut maturioribus, & magis digeſtis, atque expenſis. Udalricus autem Zaſius *lib.* 1. *Singular. reſponſ. c.* 7. *n.* XI. aliique paſſim in contrariam partem abierunt: neque, ut mihi videtur, temere: eſt enim experiundo compertum, iſta conſilia ſæpe ſordibus, ſæpe gratiæ, dari: tum omnes qui momenta æqui bonique regunt, ab his alienos eſſe oportet: haud enim facile mens verum ſequitur; cum illa præcipiunt; neque quiſquam libidini ſimul & uſui ſerviit: ubi animum intenderis, is abunde potens eſt; ſi libido ſolvit, ea imperat, animus obnoxius eſt. Igitur multi olim hodieque, dum eos modeſtiæ æquitatiſque prius, quam gratiæ atque amicitiæ, negligentia tenuit, prope conſiliis ſuis perdiderunt, quam commentariis invenerunt, gloriam. ſaltem fama eſſent apud poſteros ſecundiore, ſi tantum ipſorum commentaria, non item reſponſa, haberemus: ſin & hiſce utendum eſſet; anquiſitius circumſpectiuſque egiſſent eorum amici, cum ea publici juris facerent: nam poſtquam illi, auctoris deliniti celebritate ac nomine, id ſedulo caverunt, ne poſt ejus mortem vel tantillum interiret; ſæpe operam dedere, ut in lucem proderent quæ honeſtius delituiſſent, quam fuiſſent edita.

2. Hoc in Interpretibus primi ordinis ab Alciato notatum eſt libere *lib.* 12. *Pareg. c.* 12. idem ego ſi in antiquis Juris auctoribus experiar; fortaſſe verear, ne multis gravis ſim, paucis perſuadeam: ſunt enim eo ingenio multi, ut antiquitatis etiam vitia, non tantum recte facta, venerentur: quorum alterum mihi dignum bono atque ingenuo viro, alterum ſordidum atque illiberale, videtur. Tamen utcumque erit, juvabit me, vel in hac parte Civili Prudentiæ adfuiſſe; & ſi cui ſenio ſit, etiam Veteres in ordinem redigi, opinione defuncti muneris me defendam. Res eſt præterea, quæ & conditionis humanæ comparatione, & Veterum præceptis ac diſputationibus de officiorum juſtitiæque exiſtimatione apud A. Gellium *lib.* 1. *Noctium Atticarum c.* 3. tum autem Scævolæ reſponſo quodam, adſtruatur: in quo peccatum ejus Jureconſulti tam manifeſtum eſt; ut mirer, id eruditorum obſervationem uſque adhuc poſt tot ſecula effugere. Verba Scævolæ ex libro ſecundo Reſponſorum Florentiæ forma hac ſunt *l.* 14. *D. de transactionibus.*

Controverſia inter legitimum & ſcriptum heredem orta eſt, eaque, transactione facta, certa lege finita eſt: quæro creditores quem convenire poſſunt? Reſpondit, ſi iidem creditores eſſent: qui transactionem feciſſent. Si alii creditores eſſent: propter incertum ſucceſſionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expreſſerit, utilibus conveniendus eſt.

Sic Florentiæ: ſed deſunt quædam perfecto Reſponſi ſenſui: quæ in Accurſii & Haloandri editionibus hoc fere ſupplentur modo.

Reſpondi, ſi iidem creditores eſſent, qui transactionem feciſſent, id obſervandum eſſe de ære alieno, quod inter eos conveniſſet; ſi alii creditores eſſent, propter incertum ſucceſſionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expreſſerit, utilibus conveniendus eſt.

Non male: quamquam non dubito, quin prior ſcriptura quæ Florentina eſt, ipſius Scævolæ ſit: idque ut putem; movet me in primis ejus locutio æque imperfecta, ac mutila, ne dicam, abſurda, atque ex ſubjecta reſponſione demum conjicienda in *l.* 29. §. 12. *D. de liberis & poſthumis.* Sed in præſentiarum me non tam ratio ſcripturæ, quam reſponſi, ſollicitum habet. ſpecies enim de qua Scævola conſulitur, ſi ad verum exigitur, neque difficilis, neque obſcura eſt. Proponitur Titius, teſtamento facto, deceſſiſſe: deinde controverſia ſuper eo orta inter legitimum & ſcriptum heredem. ab hac controverſia receſſum rurſus: ea lege, ut utrique jus eſſet partis ex hereditate auferendæ. Quæritur, quem creditores convenire debeant, utrum heredem ſcriptum, an legitimum, an utrumque? hæc ſpecies ac quæſtio. Ad hanc ita Scævola, Aut ſunt iidem creditores qui transactionem fecerunt, aut ſunt alii. ſi iidem creditores ſunt; id obſervandum eſt de ære alieno, quod inter eos convenit. ſi alii creditores ſunt; conveniendi ambo ſunt pro parte hereditatis, ſed utilibus, non directis actionibus. Hæc Scævolæ: mihi alia mens eſt. ille mihi præfatus videtur de incerto ſucceſſionis, atque ea cauſa ad actiones utiles decurriſſe, quaſi ex æquo & bono. res autem ſuadet, eum qui teſtamento ſcriptus eſt, heredem eſſe, & creditoribus teneri directis actionibus: idque & Græcus Scholiaſtes *lib.* XI. *Baſilic. tit.* 2. *p.* 807. *tom.* 1. ad hunc locum veriſſime annotavit. quippe heres ſcriptus ante, quam decidit, hereditatem adiit. alioquin qui ei controverſia fuit cum herede legitimo? Sed id conſtat, illum pro herede geſſiſſe vel ante pactum: iſte etiam cum in transactione faceret ſe legitimum, licet perperam, illum tamen pro parte heredem eſſe & paſſus facile eſt & confeſſus. at primum is, qui ſemel heres fuit, deinde non potuit hanc perſonam deponere *l.* 88. *D. de heredibus inſtituendis.* Imo etſi hereditatem in jure cedat, tamen heredem permanere, & ob id creditoribus defuncti ob-

obligatum manere, Ulpianus refert in *Fragment. tit.* 19. qui igitur hic pactum nudum ſine lege hereditatem transferat pro parte? nempe, quod civile jus non mutat, id gentium jure mutabitur? haud ita eſt: neque pacto reſcinditur teſtamentum, nec hereditas defertur, nec amittitur *l. ult. D. de ſuis & legitimis heredibus*. §. 6. *Inſt. per quas perſonas cuique adquiritur*. his adde, quod quamdiu aut heres eſt, aut futurus ſperatur ex defuncti voluntate, tamdiu legitimus non admittitur *l.* 89. *D. de regulis juris*. non patitur etiam Jus noſtrum, eumdem in paganis & teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe *l.* 7. *D. eod. tit.* Atque hæc quo magis conſidero, eo magis cenſeo, Scævolam non ex animi ſui ſententia reſpondiſſe: ſed, ut amico rem gratam acceptamque faceret, a jure certo longius quam oporteret, receſſiſſe. quod ſi enim alter teſtamento heres in aſſem factus eſt, & tranſactione talis neque ex aſſe, neque pro parte, eſſe desiit; alter contra nec ex lege quivit pro herede gerere, impediente teſtamento, nec tranſactione ſuccedere, deficiente jure: equidem non ſatis animadverto, qui hic obſcura ſit ſucceſſio; aut in quæſtione cuiquam, legitimumne creditores, an ſcriptum, an utrumque, & quibus actionibus convenire debeant: niſi is ſit fortaſſe tam ineptus, ut neſciat, heredem in omne jus mortui, non tantum in ſingularum rerum dominium, ſuccedere. Nam quid dicam, creditorum petitionem debitorum pactionibus nec tolli poſſe, nec mutari *l.* 25. *C. de pactis?* diviſa tamen actione, hoc eſſe conſequens ſententiæ Scævolæ, ecquis ambigit? finge enim, qui ex lege venit, eum inopem eſſe; finge eo, qui ex teſtamento venit, potentiorem: nonne actio illic pro parte inanis fiet ob egeſtatem adverſarii; iſtic durior propter potentiam? jam, ut par ſit utriuſque conditio, nonne inique diſtringetur in plures adverſarios is, qui ab uno conſequi jus ſuum & melius poſſit & facilius? ſane ſic eſſe, vel ipſe Scævola fatetur.

3. Sed ubi judicio uſus ingenuo eſt aut minus obnoxio; libro Digeſtorum primo ſic ſcribens in *l.* 3. *D. de tranſactionibus*.

Imperatores Antoninus & Verus ita reſcripſerunt. Privatis pactionibus non dubium eſt, non lædi jus cæterorum. Quare tranſactione, quæ inter heredem & matrem defuncti facta eſt, neque teſtamentum reſciſſum videri poteſt, neque manumiſſis vel legatariis actiones ſuæ ademptæ. Quare quidquid ex teſtamento petunt, ſcriptum heredem convenire debent, qui in tranſactione hereditatis, aut cavit ſibi pro oneribus hereditatis, aut, ſi non cavit, non debet negligentiam ſuam ad alienam injuriam referre.

Hæc verba Scævolæ: ſpecies illa eſt. Titius teſtamentum facit: in eo, præterita matre, heredem Sejum inſtituit: præterea legata aliquot amicis honoris cauſa, & libertatem ſervis bene de ſe meritis relinquit. mortuo deinde Titio, adit Sejus hereditatem ex teſtamento. queritur mater, ſe immerentem a filio præteritam contra officium pietatis. Sejus dum aut negotia metuit, aut injuſtæ diffidit liti: portione hereditatis cum defuncti matre decidit. legatarii dehinc, quæ eis teſtamento data legata ſunt, ea a Sejo petunt. An jure? quæritur: quia facta tranſactio; tum quædam ex ea res ad teſtatoris venerunt matrem. Hæc quæſtio: ad hanc Antoninus ac Verus, cum iiſque Scævola, ferme hoc modo. Bene habet, cum legata a Sejo qui heres ſcriptus eſt, exiguntur: abſque enim tranſactione querelaque foret, teſtamento teneretur. ſed & ſequuta querela, quid ni idem jus ſit? an enim quia lis fuit de jure teſtamenti, ac litem pactio excepit, eo etiam jus voluntaſque teſtatoris periit? at tum, hercle, ſi contra teſtamentum, ut inofficioſum, judicatur, non creditur defunctus, teſtamenti factionem habuiſſe. non idem probandum eſt, cum actor deſiſtit, acceptave parte componit. Adjice his, quod privata conventio etſi paciſcentibus noceat, alios tamen ut lædat, neque æquum eſt, neque juſtum: & ideo ſcripti heredis matriſque tranſactione neque reſciſſum teſtamentum eſt, neque manumiſſis vel legatariis actiones ſuæ ademptæ ſunt. At enim amiſſa eſt pars bonorum. Quid tum? alia hereditas eſt, alia bona hereditaria. his corpora ſingula deſignantur; illa univerſitas venit etiam ſine corporibus. iſta oculis incurrunt & ſub tactum cadunt; illa animo cernitur, tangi manu non poteſt *t. 2. Inſt. de rebus corporalibus*. poſtremo quæ heres tenet, quæ habet, quæ poſſidet, hæc auferre ei & fortuna & injuria poteſt, ipſius quoque voluntate alienantur; hereditas vero, etiam traditis his amiſſiſve, durat & heredem ſequitur *l.* 43. §. 3. *D. de vulgari ac pupillari ſubſtitutione*. Nec mirum igitur; ſi is, licet rebus hereditatis cum eam, tum teſtamentum, redemerit, tamen legatariis ac manumiſſis teneatur. Quid, ſi in tranſactione paſſus ſit, ſibi caveri pro oneribus hereditariis? adhuc idem dicendum eſt, ſed hoc amplius, quod is matrem ſuo ordine repetet exemplo emptæ venditæque hereditatis, de qua in *l.* 2. *C. de hereditate vel actione vendita*. Quid, ſi non cavit ſibi? jam habet, quod ſibi imputet, quando negligentiam ſuam ad alienam injuriam referre non debet. Ita Scævola *d. l.* 3. cum eoque etiam paria facit Ulpianus *l.* 29. §. 2. *D. de inofficioſo teſtamento*, ſic ſcribens.

Quamvis inſtituta inofficioſi teſtamenti accuſatione, res tranſactione deciſa ſit, tamen teſtamentum in ſuo jure manet, & ideo datæ in eo libertates atque legata, uſque quo Falcidia permittit, ſuam habent poteſtatem.

Igitur non eſt cauſa, cur inſolens videatur cuiquam, quod & auctoritate Juris convictus, & teſtimonio Ulpiani ac Scævolæ, ipſum ſuſpicor Scævolam in *d. l.* 14. ex certa incertam feciſſe ſucceſſionem: gratiæ ut locum daret;

atque amicum ex Theophraſti, Ciceronis, atque aliorum, præceptis iſtis de quibus A. Gellius *d. c.* 3. *lib.* 1. imaginaria ambiguitate juvaret; quem ſervare ſalvo jure, ſalviſque legibus, non poſſet.

4. Tamen ſi quis ſit ſtudioſior, quam par eſt, Scævolæ; ejus honoris cauſa hic aliorum quoque placita apponam: qui experiatur, ſi quid in his aut verius ſit, aut componendæ ſeditioni aptius. Et plura Accurſius adfert in *Gloſſa ad d. l.* 14. *in verb. pro parte hereditatis*, ex quibus alii alia & ſumunt & probant. Ex his unum eſt, Scævolam de legatariis diſſerere in *d. l.* 3. de creditoribus in *d. l.* 14. aliud autem legatariorum, aliud creditorum, jus eſſe: quippe legata teſtamento deberi, ab inteſtato non deberi: ea gratia legatarios in incerto ſucceſſionis cum herede ſcripto experiri recte atque ordine; cum legitimo non æque. ita quidem in legatis jus eſſe; ſed aliud in ære alieno obtinere: nam hoc tam heredem legitimum debere, quam ſcriptum: & ideo creditores magis adverſus utrumque utilibus actionibus, quam in ſolidum adverſus alterum, congredi. Placitum id Accurſii unum: ſequuti Summi Viri, Jacobus Cujacius & Eguinarius Baro in *comment. ad d. l.* 3. ſed quam recte, vix opus eſt, ut pluribus memorem: primum, quia teſtamentum conſtat valetque etiam illa in ſpecie; & hoc illi fatentur qui aliter ſentiunt: deinde certa ſucceſſio eſt, haud incerta, niſi fortaſſe his quibus incerta omnia: præterea etſi creditoribus tum, cum inteſtati cauſa eſt, agendi jus ſit adverſus legitimos heredes; nil tamen id ad ſpeciem *d. l.* 14. in qua ex teſtamento ſucceditur, non ex lege. Sed profligata eſt Accurſii prima ſententia.

5. Quid altera? aut eſſe partem hereditatis ad heredem legitimum tranſlatam, aut partem bonorum: ſi iſta, teneri heredem ſcriptum ex *d. l.* 3. ſi illa, utrumque ex *d. l.* 14. Sententia hæc altera: huic Zaſius adſtipulatur, *Paratitl. ad tit. P. de tranſactionibus*, *n.* 14. Ego vero in ea cum Accurſii, tum Zaſii, judicium quæro: aberrat enim a decretis Veterum: qui hereditatem publico cenſebant jure; id eſt, teſtamento, aut lege: non pactis conventis. Accedit ad hoc, quod Veteres eum qui ſemel heres fuit, etiam amiſſis traditiſve bonis hereditariis, heredem eſſe intelligebant: in tantum, ut, licet vel quædam, vel omnia, bona transactione dimiſiſſet ex hereditate, tamen eum neque hereditatem, neque ejus partem, aut alienaſſe aut dimiſiſſe exiſtimarent. Ne repetam omnia quæ ſupra ad id probandum attuli, tantum lubet hic adſcribere Ulpiani Fragmentum elegans ex *tit.* 19. cujus verba talia ſunt. *Si hereditas, poſteaquam adita eſt, in jure ceſſa eſt, eum, a quo ceſſa eſt*, (ut Cujacius ibidem legit, vel, ut Antonius Faber mavult *part.* 3. *De erroribus Pragmaticorum*, *decad.* 70. *c.* x. *eum qui ceſſit*) *permanere heredem, & ob id creditoribus defuncti manere obligatum: debita vero perire, id eſt, debitores liberari.* En, ſi non corpora ſeu bona hereditatis, ſed ſi hereditas in jure ceſſa ſit, ſive hanc transactio præceſſerit, ſive alia cauſa, eum qui ceſſit, & heredem manere, & creditoribus teneri. ſit igitur idem in ſpecie *d. l.* 14. id eſt, in conventione juris gentium; ad quam ea vis civilis legitimique juris non penetravit.

6. Sequitur tertia Accurſii conjectura quæ & ipſi viſa eſt ſubtilior, & Antonio Fabro in *Rationalib. ad d. l.* 14. magis placet. quid ea? definitionem *d. l.* 3. probat tum, ubi valet teſtamentum, nec poteſt aliter reſcindi, quam querela. quid, ſi id falſum, ipſove jure irritum, ſit? jam putat, referre: utrum transactione ſit profecta res certa, an portio hereditatis: altero caſu oportere heredem ſcriptum, altero utrumque, conveniri: ſuadente incerto ſucceſſionis in *d. l.* 14. At mihi nec iſta conjectura arridet: nam quum in *d. l.* ſimpliciter ſcribat Scævola, controverſiam inter legitimum & ſcriptum heredem fuiſſe ortam; eamque transactione certa lege facta eſſe finitam: quæſo, quæ eſt cauſa, cur ea in ſpecie minus validum, quam inutile aut falſum, fuiſſe teſtamentum, conjiciam? His adde, quod nulla eſt tranſactio rei certæ atque indubitatæ: tantum interponitur de re dubia ac lite incerta, neque finita *l.* 1. *D. de tranſactionibus:* ac proinde, utrum ab initio nullum aut falſum fuerit teſtamentum, an ex poſtfacto demum querela reſcindendum, quid intereſt? qualecumque enim fuerit vitium de quo tranſactum ſit, pro incerto fuit. at quæ incerta ſunt, nec apparent ſatis, ea perinde habentur, ac ſi non eſſent: ut commode atque eleganter notavit Udalricus Zaſius, V. CL. in *d. n.* 14. & ſupra a nobis probatum latius *lib.* 1. *c. ult.* ad finem.

CAPUT III.

1. Paulum l. 1. D. de uſu & uſufructu legato primum Sabini ſententiam, deinde ſuam, proponere. Illa quæ? 2. Verba, Neque ex bonis, neque extra bona. 3. Pauli Nota ad Sabinum. 4. Ejus Notæ cauſa ac ratio.

1. Verba Pauli ex libro tertio Ad Sabinum in *l.* 1. *D. de uſu & uſufructu legato.*

Nec uſus, nec uſusfructus itineris, actus, viæ, aquæductus legari poteſt; quia ſervitus ſervitutis eſſe non poteſt. Nec erit utile ex Senatusconſulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis ſint, uſusfructus legari poſſit, quia id neque ex bonis, neque extra bona ſit: ſed in-

Digitized by Google

incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem præſtet, & ut ea ſervitus conſtituatur ſub hac cautione, ut ſi deceſſerit legatarius, vel capite diminutus ex magna cauſa fuerit, reſtituatur.

Quæſtio eſt, poſſitne itineris, actus, viæ, aquæve ductus, uſus vel uſusfructus legari? In ea Paulus Sabini ſententiam (ſic enim colligo ex Inſcriptione: quæ *Pauli librum tertium Ad Sabinum* præfert) primum & proponit & fulcit, deinde in Notis refellit. Ea ſententia eſt, Servitutis uſum aut fructum inutiliter legari. quæſo, quamobrem? Quia ſervitus ſervitutis eſſe non poteſt, prohibente regula. Hæc cauſa: huic ſubjicitur Sabini objectio, ſolutioque. ſenſus objectionis eſt, Senatus voluit, omnium quæ in bonis ſunt, uſumfructum legari: igitur & itineris & actus & viæ & aquæductus: eſt enim & iter & actus & via & aquæductus in bonis. Illa objectio. Solutio talis eſt, Senatus cavit de omnibus quæ in bonis ſunt: at id neque in bonis eſt, neque extra bona.

3. Quid iſtud, dicam tibi, ſi ante demonſtravero, apud Veteres fuiſſe qui res incorporales magis his quæ non ſunt, quam quæ ſunt, accenſerent: quo in numero Ciceronem fuiſſe arbitror; cum *in Topicis* ſic ſcribit. *Definitionum duo ſunt genera prima. Unum earum rerum, quæ ſunt, alterum earum rerum, quæ intelliguntur. Eſſe ea dico, quæ cerni, tangive poſſunt, ut fundum, ædes, parietem, ſtillicidium, mancipium, pecudem, ſupellectilem, penus, & cætera. Non eſſe rurſus ea dico, quæ tangi, demonſtrarive non poſſunt, ut ſi uſucapionem, ſi tutelam, ſi gentem, ſi agnationem definias, quarum rerum nullum ſubeſt quaſi corpus; eſt tamen quædam conformatio inſignita, & impreſſa intelligentia, quam notionem voco.* Hactenus Cicero: in quo id monebo eruditos, ut videant, ne vox illa *ſtillicidium*, qua voce ſervitus urbani prædii indigitari ſolet, locum mutaverit, & ad id genus rerum quæ non ſunt, quam quæ ſunt, referatur rectius. Niſi fortaſſe quis *ſtillicidium* malit interpretari, tecti partem quæ anterius prominet, & guttas aquæ pluviæ deducit. quo ſenſu a Vitruvio accipi, ejus Interpres obſervavit, *Lexico Vitruviano*, in verbo *ſtillicidium*. Boëthius quoque *ad Topica Ciceronis* inter res corporales *ſtillicidium* enumerat. Sed id alii viderint: mihi enim ſufficit, Ciceronem res incorporales his quæ non ſunt, annumeraſſe. Itaque, ut ad id quod promiſi, redeam, quid ſibi velit Sabini illud, Servitutem neque in bonis, neque extra bona eſſe; putem, perinde accipi poſſe, ac ſi ſic diceret: Servitus eſt ex his quæ non ſunt, & ideo ad Senatuſconſultum non pertinet, ut quaſi in bonis ſit, ita uſumfructum recipiat. Hoc Livio, licet, credas: agens enim *lib.* 30. *c.* 37. de legibus quibuſdam a Scipione datis paci Carthaginienſi, refert, fuiſſe in his conventum ſenſu conſimili, bellum *neve in Africa neve extra Africam*, injuſſu populi Romani gererent, pro nuſquam. Contra Seneca *lib.* 1. *Quæſtion. natural.* Deum, inquit, opus ſuum & extra & intus tenere: ſignificans, Deum (ut utar verbis Minucii Felicis *in Octavio*) ubique operi ſuo & proximum & infuſum eſſe. Verba Senecæ. *Quid eſt Deus? Quod vides totum, & quod non vides totum. Sic demum magnitudo ſua illi redditur; quia nihil majus excogitari poteſt, ſi ſolus eſt omnia, opus ſuum & extra & intus tenet.* Unde apparet, ejus ſolutionis, *Servitus neque in bonis, neque extra bona bona eſt*, quis qualiſque ſenſus ſit. Poſſis eam & ſic interpretari: Servitus non eſt in bonis; quia jus eſt, ſubſtantiam vero naturaliter non habet, neque accidentia: nec extra bona; quia animo concipitur, atque ab eo, licet ſubſtantiam non habet, tamen imaginem ſumit. quid multa? ſervitus eſt ambiguæ qualitatis; verendumque ideo, ut hic bonis accenſeri, & adverſus juris regulam ex Senatuſconſulto debeat uſum fructumve recipere. Hoc ut cenſeam, impellit me locutio & elegantiæ ſimilis & poteſtatis apud Tacitum *lib.* 1. *Hiſtor. c.* 40. ubi enarrans finem Galbæ, ait, ſub eum finem *neque tumultum* fuiſſe, *neque quietem:* id eſt, inter utrumque medium quid & dubium. Similiter Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. de adminiſtratione tutorum. Debuit tutor partibus ſuis fungi, non quidem præcipiti feſtinatione, ſed nec moratoria cunctatione.* Item Livius, ſed plenius, *lib.* 8. *c.* 13. *Jam Latio is ſtatus erat, ut* neque bellum, neque pacem, *pati poſſent; ad bellum opes deerant, pacem ob agri ademti dolorem aſpernabantur*, mediis conſiliis *ſtandum videbatur.* Apulejus quoque *lib.* 1. *De Philoſophia.* Verba Apuleji. *Materiam* (Plato) *neque corpoream, ſed neque ſane incorpoream eſſe concedit. Ideo autem non putat corpus, quod omne corpus ſpecie qualicumque non careat: ſine corpore vero eſſe non poteſt dicere, quia nihil incorporale corpus exhibeat, ſed vi & ratione eam ſibi videri corpoream: atque ideo nec actu ſolo, neque tamen ſola opinione cogitationis intelligi: namque corpora propter inſignem evidentiam ſui ſimili judicio cognoſci: ſed quæ ſubſtantiam non habent corpoream, cogitationibus ea videri; unde adulterata opinione ambiguam materiæ hujus intelligi qualitatem.* Hæc de Sabino.

3. At Paulus? ab eo abit in partem aliam; cum in Notis ſic ſcribit. *Sed incerti actio erit cum herede, ut* & reliqua. Senſus enim, Quamvis ex Sabini ſententia non valeat id legatum: opiner tamen, dandam legatario eſſe actionem incerti ex teſtamento adverſus heredem; ut quamdiu legatarius vixerit, heres ei eundi, agendi, ducendi, facultatem præſtet, & ea ſervitus conſtituatur ſub hac cautione; ut, ſi deceſſerit, vel capite minutus fuerit legatarius, reſtituatur.

4. Ita Paulus. Qua cauſa? non adjicit; ſed, puto, duplex ei cauſa fuit. una, quod eam re-

regulam (ut pluribus oſtendi *lib.* 1. *c.* 3.) non obſervari uſquequaque moribus populi Romani animadverteret. altera cauſa fuit, quod ſervitus, quia jure civili ſuſtinetur, utique a quibuſdam intelligeretur eſſe, & rerum natura comprehendi, licet ſubſtantia carere videretur. Sed hæc ex Seneca intelligi poteſt: cujus de ſimilibus rebus verba hæc ſunt *epiſt.* 58. ad Lucilium. *In rerum natura quædam ſunt; quædam non ſunt. & hæc autem, quæ non ſunt, rerum natura complectitur, quæ animo ſuccurrunt, tanquam centauri, gigantes, & quidquid aliud falſa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cœpit, quamvis non habeat ſubſtantiam.*

CAPUT IV.

Veſtium legato uſufructu, ex Ulpiani ſententia verum, non quaſi, uſumfructum legatum eſſe. Nova diſpunctio l. 15. §. 4. D. de uſufructu & quemadmodum quis utatur fruatur.

Sæpe miror, dubitari quærique ab Interpretibus magni nominis, legato veſtium uſufructu, utrum verus, an quaſi, veſtium uſusfructus ſit: cur enim in mancipiis, in animalibus, in nave, inque vaſis, non idem quærunt? Scio, utendo teri veſtimenta; ſcio, vileſcere; eam diſſentiendi cauſam adferri, etiam ſcio. Verum & navis teritur, & mancipia, & animalia, & vaſa, & cætera id genus corpora, teruntur: navis tamen & mancipiorum, item animalium, vaſorumque, naturalem uſumfructum eſſe, Ulpianus docet *l.* 3. §. 1. *l.* 12. §. 1. *& l.* 15. §. 1. *D. de uſufructu, & l.* 12. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.* Igitur idem putemus in veſtibus: nam ut naves, ut vaſa, ut ſimilia, ita veſtes, etſi utendo paulatim terantur, tamen non ſtatim ac ſub uſum cadunt, eo conſumuntur. quin poſt uſum retinent ſubſtantiam, certe prorogant tempus, & ſicut nova, ſic attrita, veſtimenta & mancipia appellantur *l.* 37. *D. de Ædilitio edicto, l.* 6. *D. de rei vindicatione*; denique ab unguentis cæteriſque quantitatibus quæ utendo pereunt ſtatim, atque expirant illico, & ſuis moriuntur horis, manifeſte diſtingui, pulchre obſervat Plinius *lib.* 3. *Natur. hiſt. c.* 3. Verba Plinii. *Margaritæ gemmæque ad heredem tranſeunt: veſtes prorogant tempus: unguenta illico expirant, ac ſuis moriuntur horis.* His accedit, quod oportet eum qui habet verum uſumfructum, de duobus cavere; ſcilicet, uſurum fruiturum ſe boni viri arbitratu; & cum uſusfructus ad eum pertinere deſinet, reſtituturum quod inde extabit *l.* 1. *D. Uſufruct. quemadm. caveat.* Utrumque vero veſtibus convenit: poteſt enim fructuarius veſtibus uti frui boni viri arbitratu; & finito uſufructu, quod ex veſtibus exſtabit, reſtituere. Non igitur reſiſtit natura veri uſusfructus veſtium uſuiſructui; nec abſurdius earum ideo, quod paulatim teruntur uſu, proprium dicemus uſumfructum, quam reliquorum corporum, in quibus, quia æque teruntur uſu, æque ſufficit, quod extabit, finito uſufructu, reſtitui. Ne addam nunc, ab eo cui eſt legatus veſtium uſusfructus, veri uſusfructus cautionem exigi: ac finito uſufructu, ſi is veſtem reddat attritam dolo malo, contra eum ex ſtipulatu actionem dari; ſin boni viri arbitratu, non dari. Atque hoc adeo exploratum in illa formula, *reddi, quod inde extabit*; ut Ulpianus in iſta, *veſtem reddi*, idem ſtatuat *l.* 9. §. 3. *D. eod. tit.* fortaſſe, quia hic animus veſtem utendam fruendam dantis, ut fructuarius eam boni viri arbitrio terat, & deteriorem reddat. abſque enim hoc eſſet; foret prope, ut ne utendi quidem fruendique jus poteſtaſque ei fieret cui teſtator voluit. Proinde qui ſtipulatur, veſtem reddi finito uſufructu, is id ſtipulari videtur quod ex veſte extabit. Quod ſi eſt; apparet, & veſtium & cæterorum corporum parilem Ulpiano uſumfructum eſſe: parilis enim ei utrimque cautio, parilis utendi fruendique forma, & a quantitatis uſufructu recedens.

Ipſe hanc Ulpianus expreſſerat *l.* 15. §. 4. *D. de uſufructu & quemadmodum quis utatur fruatur*; niſi alii ad hunc modum corrupiſſent.

Et ſi veſtimentorum uſusfructus legatus ſit, non ſicut quantitatis uſusfructus legetur, dicendum eſt, ita uti eum debere, ne abutatur; nec tamen locaturum, quia ita vir bonus non uteretur. Proinde & ſi ſcænicæ veſtis uſusfructus legetur, vel aulæi, vel alterius apparatus: alibi, quam in ſcæna non utetur. Sed an & locare poſſit, videndum eſt? Et puto locaturum, & licet teſtator commodare non locare fuerit ſolitus, tamen ipſum fructuarium locaturum tam ſcænicam, quam funebrem veſtem.

Emendo parva; an nulla, mutatione.

Et ſi veſtimentorum uſusfructus legatus ſit, non ſicut quantitatis uſufructu legato, dicendum eſt. & reliqua.

Scripſerat Ulpianus, *non ſicut quantitatis uſ. leg. dicendum.* His literis utrumque ſermonem, & *uſufructu legato* & *uſusfructus legetur*, indicari, ex Valerio Probo & Magnone conſtat: Nota enim hac, VF. *uſumfructum*, iſta, LG. *legatum*, aut *legavit*, denotari ſcribunt. Ita, cum ambigua eſſet Siglorum ratio, quid novi, Librarium erraſſe, & alterum pro altero ſubjeciſſe? Longius a verbis Ulpiani Haloandrina editio, ſed eodem mecum ſenſu. *Et ſi veſtimentorum uſusfructus legatus ſit, non quemadmodum ſi quantitatis uſusfructus legetur*, & ſequentia.

Digitized by Google

quentia. Ut tamen vel a vulgata ſcriptura abeſſem propius, malui, *non ſicut quantitatis uſufructu legato:* quam lectionem Græci tuentur *lib.* 16. *Baſilicorum tit.* 1. dum ſic vertunt. *Qui veſtis uſumfructum habet, non ſic ea abutitur ut nummis, quorum uſusfructus legatus eſt, nec ipſam locat.* Forſan poſſis & ita reſtituere, *non SIcut quantitatis uſusfructus legetur*, & cætera: ut perinde ſit, ac ſi ſcriptum eſſet *non ſicut ſi quantitatis uſusfructus legetur:* conſtat enim, Veteres, ubi geminandæ eſſent literæ, uſos majuſculis eſſe, ſed ſemel: etiam conſtat, in eo ſcribendi genere ſæpe inverſum fuiſſe ordinem non literarum tantum, ſed ſyllabarum quoque. Dedi ejus rei exemplum huic plane ſimile *lib.* 2. *Obſervationum c.* 16. ex *l.* 11. *D. Quemadmodum ſervitutes amittuntur.* Etiam obſervatum tale quid ab Elberto Leonino, V. CL. *lib.* 1. *Emendationum c.* 15. *n.* 13. in verbo, *Hoſticolo* apud Ulpianum in *l. unic. D. de bonorum poſſeſſione ex teſtamento militis:* in qua ſcriptum fuiſſe ſuſpicatur *hoſtiCOlo*, & ita exponendum *hoſtico loco*, repetitis literis CO, ſed inſcitia Notariorum factum *hoſticolo*. Atque id mihi diu viſum accedere ad veriſimile. nunc, ut dies diem docet, nulla eſſe opus mutatione, mihi perſuadeo. adeo non diſplicet *hoſticolum:* frequente uſu verbi diminutivi, nihil diminutive ſignificantis. quid ergo eſt? puto; *hoſticolum* Ulpiano eſſe idem *hoſtico* in *l. ult. D. de teſtamento militis:* pari modo quo *hoſpitium* ei eſt *hoſpitaculum l.* 5. §. 1. *D. de his qui effuderint.* & *viaticulum* in *l.* 18. §. 1. *D. de judiciis* eſt *viaticum l.* 17. *D. de reb. cred.* item Tacitus quæ compluribus in locis vocat *hiberna*, alibi appellat *hibernacula lib.* 3. *Annal. c.* 74. *n.* 5. & *lib.* 14. *Annal. c.* 38. *n.* 2. jam vero Impp. Theodoſius & Valentinianus, *l.* 21. *in fin. pr. C. de teſtamentis*, *ſignacula* dixere pro *ſignis*. Similiter apud Minucium Felicem; *Octavio*, (quod in Notis ibi attingit Johannes a Wouweren) eſt *notaculum* pro nota. Item Imp. Anaſtaſius *l.* 3. §. 2. & *l.* 5. §. 2. *C. de advocatis diverſorum Judicum* dixit *ædiculam* quam mox vocat *domum.* Sic *ædificiola* pro *ædificiis* in Corpore Inſcriptionum Jani Gruteri *pag.* 809. *Inſcr.* 2. Collegit & alia ejus generis Reineſius, ad Petronium Cl. Burmanni *c.* 42. *p.* 188. in verbo *Baliſcus:* quæ non lubet exſcribere.

Sed de ſcriptura *d. l.* 15. §. 4. vel nimis. ſupereſt, ut ſenſum inveſtigemus. is ſenſus eſt, ſi legatus ſit veſtimentorum uſusfructus; aliud dicendum videri, quam ſi legatus ſit quantitatis uſusfructus: nam legato quantitatis uſufructu, eam fructuario ita dari, ut ejus fiat, atque ut ea pro arbitrio ſuo abutatur: at; cum veſtium uſusfructus legatus eſt, veſtes non dari fructuario ſic, ut ejus fiant; neque ut his arbitrio ſuo abutatur; ſed ut his utatur ſecundum earum conditionem *d. l.* 15. §. 1. hoc eſt, ſic, ut vir bonus iis uteretur. Et ita eſt: veſtimentorum uſufructu legato, dicendum eſt, aliter atque in quantitatis uſufructu, fructuarium veſtibus uſurum fruiturum arbitratu boni viri, id eſt, ſecundum conditionem veſtimentorum: ſed non abuſurum veſtibus, id eſt, non uſurum fruiturum veſtibus extra earum conditionem; neque proinde aliter, quam vir bonus iis uteretur. quid tamen? an veſtes locabit fructuarius? movet dubium, quod illi locatio rei fructuariæ competit. ſed non placet, locaturum veſtes: nam vir bonus, etſi ipſe uteretur veſtibus, tamen aliis non locaret veſtes; debet autem fructuarius ſic uti frui veſtibus, ut vir bonus his uſurus fruiturus eſſet. Proinde ſi ſcænicæ veſtis uſusfructus detur; conſtat, in ſcæna quidem uſurum fructuarium; ſed alibi, quam in ſcæna, non uſurum. quamobrem? quia hæc veſtis quidem comparata eſt ad uſum ſcænæ: ad alium vero uſum comparata non eſt: igitur ſi ad alium uſum adhibetur; magis in abuſum cadit, quam in uſum. Si tamen ad ſcænam adhibetur; videamus, utrum fructuarius ea tantum per ſe uti poſſit; an etiam per alios quibus eam aut commodet aut locet. Et placet, alii locaturum talem veſtem; neque referre, utrum teſtator eam commodare, an locare, ſolitus fuerit. quid ita? quia ſcænicarum veſtium locatio aut commodatio neque in abuſum cadit, neque a boni viri arbitrio abhorret. Teſtis Seneca, *Conſolatione ad Marciam*, *Alieni*, inquiens, *commodatique apparatus ſunt. nihil horum dono datur: collatitiis & ad dominos redituris inſtrumentis ſcæna adornatur. Alia ex his primo die, alia ſecunda referentur; pauca uſque ad finem perſeverabunt.* Is ſenſus Ulpiani: ex quo apparet, cum qualiumcumque veſtium, ſive ſint quotidianæ, ſive ſcænicæ, non quaſi, ſed verum, uſumfructum facere; in eoque aliud dicendum ei videri, quam ſi quantitatis uſusfructus legatus ſit.

Non ignoro, eſſe qui eam quæſtionem aliter finiant: rati, intereſſe, utrum ſit legatus veſtium uſusfructus ut corporis, an ut quantitatis; & illo caſu verum, hoc quaſi, uſumfructum legatum intelligi; idque Ulpianum velle in *d.* §. 4. *l.* 15. maxime, ſi ſic ſcribatur, *non ſic, ut quantitatis uſusfructus legetur.* Sed id mihi non placet: quia connexio totius loci, & ſingularum quæſtionum ejus, ſatis oſtendit, ab Ulpiano non quæri, quemadmodum legetur uſusfructus veſtium; ſed quid juris ſit, veſtium uſufructu legato: pariter ut quæritur in §. 1. *d. l.* 15. quid juris ſit, mancipiorum uſufructu legato; & in *l.* 12. §. 8. *D. eod. tit.* quid, domus uſufructu legato, obtineat; non quemadmodum aut domus aut mancipiorum uſusfructus legetur. His adde, quod, ſi dicimus, uſumfructum veſtium legari poſſe, vel ut corporis, vel ut quantitatis; nil aliud dicimus, quam veſtium verum uſumfructum eſſe; niſi earum uſusfructus ſpecialiter relinquatur ut quantitatis. Id vero non ſingulare veſtium jus eſt, ſed commune corporum om-

nium quæ uſu continentur, ut animalium, ut ſervorum, ut ſimilium: nam horum omnium poteſt relinqui uſusfructus, non tantum ut corporum, ſed etiam, ut quantitatum; velut, ſi æſtimata utenda dentur ſub cautione certæ pecuniæ reſtituendæ finito uſufructu *l. 7. D. de uſufructu earum rerum*: nec tamen idcirco quisquam dicet, aut ſervorum, aut animalium, aut ſimilium rerum quæ uſu continentur, quaſi uſumfructum eſſe. Igitur neque veſtium dicemus quaſi uſumfructum ideo, quod earum uſusfructus ſpecialiter poteſt relinqui, ut quantitatis.

CAPUT V.

1. *Officia Præfecti urbis ac vigilum ſæpe iiſdem Notis apud Veteres ſcripta fuiſſe. Ab hac cauſa variare Inſcriptionem l. unic. C. de officio Præfecti vigilum, & l. ult. D. eod. tit. 2. Pomponius menda liberatus in l. pen. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta, & præter Zaſii, Cujacii, & Fabri, ſententiam expoſitus.*

1. Urbis & Vigilum Præfectura in Notis varie deſignatur: alteram Valerius Probus ita exhibet PRAEF. URB. alteram ita, PRAE. VIGIL. Magno aliter: is Urbis Præfectum Siglis his, P. V. Præfectum vigilum illis, PR. VIG. complectitur. Sed ſive hæ, ſive illæ ſint, facile ſcripturæ & officiorum diſcrimen ſenſeris. At cum utrumque ſcribunt ita, P. V. uti Notarum index, qui Codici præfigi ſolet, eos ſcripſiſſe indicat; nonne id efficiunt literarum compendio, ut utrum velint ex duobus, intelligere lectorem nolint? videtur, & paucis oſtendam. Inſcriptio *l. unic. C. de officio Præfecti vigilum* in pleriſque codicibus ſic recte habet, *Impp. Theod. & Arcad. AA. Nephridio Præfecto urbis.* In Accurſii & Ruſſardi ita, *Impp. Theod. & Arcad. AA. Nephridio Præfecto vigilum.* Unde tam varie, niſi a Notis iſtis P. V. quibus utrumque ſignificari monui? ſed ipſas Haloandrina editio ibidem ſervat: habet enim, *Impp. Theod. & Arcad. AA. Nephridio P. V.* Ab eadem cauſa variat Inſcriptio *l. ult. D. eod. tit.* Haloander enim exprimit talem, *Ulpianus libro ſingulari de officio Præfecti vigilum.* Florentiæ autem eſt, *Ulpianus lib. ſingulari de officio Præfecti urbi.*

2. Idem tentabo in verbis his *l. pen. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta.*

Cum ſervus tuus in ſuſpicionem furti Attio veniſſet, dediſti eum in quæſtionem ſub eà cauſa, ut ſi id repertum in eo non eſſet, redderetur tibi: is eum tradidit Præfecto vigilum, quaſi in facinore deprehenſum: Præfectus vigilum eum ſummo ſupplicio adfecit. Ages cum Attio, dare eum tibi oportere: quia & ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait, poſſe etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit, quo minus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, ſi feciſſes ejus hominem: quo caſu ad exhibendum agere te non poſſe. ſed ſi tuus manſiſſet, etiam furti te acturum cum eo: quia re aliena ita ſit uſus, ut ſi ſciret ſe invito domino uti, aut dominum, ſi ſciret, prohibiturum eſſe.

Unde hic verba ea, *eum tradidit Præfecto Vigilum?* Item iſta, *Præfectus Vigilum eum ſummo ſupplicio adfecit?* An quis umquam fando audivit, Præfecto Vigilum ſummi in quemquam ſupplicii jus fuiſſe, non Præfecto Urbi? At idoneus mihi auctor Paulus eſt, *Cognoſcere Præfectum Vigilum de incendiariis, de effractoribus, furibus, raptoribus, & receptatoribus, niſi ſi qua tam atrox, tamque famoſa perſona ſit, ut Præfecto Urbi remittatur l. 3. §. 1. D. de officio Præfecti vigilum.* Theodoſius quoque & Arcadius ita Nephridio, Præfecto Urbis, reſcripſere *l. unic. C. eod. tit. Præfecti Vigilum hujus urbis nihil de capitalibus cauſis ſua auctoritate ſtatuere debent: ſed ſi quid hujuſmodi evenerit, culmini tuæ poteſtatis referre, ut de memoratis cauſis celſiore ſententia judicetur.* Inquiunt, *celſiore ſententia judicetur*, pariter ut Caſſiodorus *lib. 7. Var. form. 7.* ſic ſcribens. *Cuſtos Romanæ civitatis diceris, quando eam ab inteſtino hoſte defendis. Quapropter circa fures ſollicitus eſto, quos ſi tibi leges punire minime præcipiunt, tamen indagandi licentiam contulerunt: credo, ut quamvis eſſent raptores, tamen quia dicebantur Romani, majori eos ſubderent dignitati. Utere igitur per indictionem illam Præfecturæ Vigilis dignitate. Horror tibi pœnarum adeptus eſt, non poteſtas: nam lex, a quo velit malos capi, ipſum cenſuit plus timeri.* Qui igitur Vigilum Præfecti poteſtas ea eſt in *d. l. pen.* quæ propria Præfecti urbis eſt? Num indignamur imperitiam ejus temeritatemve, cum Udalrico Zaſio in *Comment. ad eum locum?* hercule paterer, ſi Zaſius argumentum ejus aliquod oſtenderet; verum ubi nullum adfert, nec in lege ultro apparet, contra dicendum arbitror. An amplius ei in ſervum jus fuit; quam in hominem liberum? ita perſuaſum Jacobo Cujacio in *expoſitione Novellæ* 13. & Antonio Fabro in *Rationalibus ad d. l. 3. §. 1.* Sed contra Ulpianus refert in *l. ult. D. eod. tit. Imperatores Severum & Antoninum Junio Rufino Præfecto Vigilum ita reſcripſiſſe. Inſularios & eos, qui negligenter ignes apud ſe habuerint, potes fuſtibus vel flagellis cædi jubere, eos autem, qui dolo feciſſe incendium convincentur, ad Fabium Cilonem Præfectum Urbi, amicum noſtrum*

remit-

remittes: fugitivos conquirere, eoſque dominis reddere debes. Ait, ut vides, Reſcriptum de iis qui ignes apud ſe habent, præterea de inſulariis, id eſt, ſervis inſularum cuſtodibus; ut liquet ex *l.* 203. *D. de verborum ſignificatione*, *l.* 16. §. 1. *D. de uſu & habitatione:* ab utriſque autem incendium aut negligentia, aut dolo fieri: ſi negligentia, in hos eſſe Præfecto Vigilum jus & fuſtium & flagellorum. an indiſtincte? haud puto: flagella enim in ſervos, fuſtes in liberos, at tenuiores, permitti, clare docent Jureconſulti *l. ult. D. de injuriis*, *l.* 10. *l.* 28. §. 2. *D. de pœnis.* quid, ſi dolo feciſſe incendium convincentur? ad Præfectum Urbis remitti. Sive igitur ſervus ſit, ſive liber, qui mortem meruit ob ſcelus; ſpectat ad imperium Præfecti Urbis, non Vigilum. Itaque emendanda, ut dixi, verba *d. l. pen.* & exponenda hoc modo. Servus tuus Attio venerat in ſuſpicionem furti. is Attius rogabat te, ut ſervum dares in quæſtionem. dediſti ſub ea lege; ut, ſi id repertum in eo non eſſet, redderetur tibi. Attius eum non, uti convenit, ad quæſtionem quaſi ſuſpectum furti, ſed quaſi deprehenſum in manifeſto facinore, cum nullus eſſet deprehenſus, ad ſupplicium Urbis Præfecto obtulit, eoque ut afficeretur, falſis teſtibus, certe adverſus fidem pacti, obtinuit. punito ſervo, quæritur, quæ actio tibi danda ſit adverſus Attium? ait Pomponius, dominio tradito, tibi condictionem dari, velut cauſa data cauſa non vel perperam ſequuta; dominio autem non tradito, ad exhibendum & furti actionem competere: ad exhibendum, quia is fecit, quo minus exhiberet: furti, quia vacuus eo non ſit qui re aliena ita uſus eſt, ut ſciret, ſe invito domino uti, aut dominum, ſi ſciret, prohibiturum eſſe.

Caput VI.

1. *Veterum de adquirenda poſſeſſione non unam fuiſſe ſententiam* 2. & 3. *Senecæ, Phædro, Plauto, lux mutua. veſtigium antiquæ diſſenſionis apud Proculum l.* 55 *D. de adquirendo rerum dominio.* 4. *Voculam* non *abundare apud Paulum in l.* 3. §. 3. *D. de adquirenda vel amittenda poſſeſſione.* 5. *Javoleni locus illuſtratus in l.* 51. *D. eod. tit. exploſa Jacobi Cujacii emendatione.* 6. *Præſentia rei an in fictis traditionibus, quæ fiunt poſſeſſionis conſtitutione, neceſſaria ſit. Pragmaticorum adverſus Antonium Fabrum defenſa ſententia.*

1. Utrum poſſeſſio animo ſolo, an animo ſimul & corpore, adquiratur, a Veteribus varie olim diſputatum eſt: non quod de poſſeſſionis origine, regulave dubitarent; ſed quod inter eos, quid uſu ſervandum eſſet, parum conveniret: fuiſſe enim, mihi perſuadeo, qui a majorum definitione recederent, quaſi jubente utilitate; cumque placeret, poſſeſſionem non adquiri aliter, quam animo & corpore; tamen fingerent, utrumque interveniſſe, ſimul atque animus idoneo ſigno proderetur palam; cum eoque facultas occupandæ rei probabiliter concurreret. itaque, ſi lapillus, gemma, aliudve quidpiam ejus generis, a duobus in littore maris inveniretur, ſed alterius tantum viſu, alterius etiam apprehenſione; exiſtimabant, ambos in communionem incidere; nec eum qui prior corpore in poſſeſſionem veniſſet, niſi affectum quoque prior indicaſſet, alteri prævalere.

2. Ex hac ſecta Veterum, quæ obſervavi, teſtimonia adſcribam, partes Senecæ primas, tum ſecundas Phædro, daturus. Verba Senecæ *ex epiſtola ad Lucilium* 117. hæc ſunt. *Quotiens aliquid inveni, non expecto, donec dicas, in commune; ipſe mihi dico.* Ex Phædro iſta ſubjecit.

Invenit calvus forte in trivio pectinem.
Acceſſit alter æque defectus pilis;
Heja, inquit, eſt commune, quodcunque eſt lucri.
Oſtendit ille prædam, & adjecit ſimul:
Superum voluntas favit; ſed fato invido
Carbonem, ut ajunt, pro theſauro invenimus.

Populi, inquies, næmas proverbiaque mihi exhibes: at ego Fori diſputationem expectabam. vis tamen ſcire, quantum ea faciant ad demonſtrandam hanc diſputationem? vel Plautum adde in *Rudente* 4. 3. *verſ.* 76. ſenties, nata apud noſtros: tam aperte enim & legum & formularum, ne de cæteris loquar, in re ſimili meminit; ut merito verear, ne Fori argutias diſſidiaque in deriſum ducere voluerit. Verba Plauti.

— *Omitte vidulum.*
Gr. *Nunquam hercle hinc hodie ramentâ fies fortunatior.*
Tr. *Non probare pernegando mihi potes, niſi pars datur,*
Aut ad arbitrum reditur, aut ſequeſtro ponitur.
Gr. *Quemne ego excepi e mari?* Tr. *At ego inſpectavi e littore.*
Gr. *Mea opera, labore & horia.* Tr. *Num qui minus,*
Si veniat nunc dominus, cujus eſt, ego qui inſpectavi procul
Te hunc habere, fur ſum, quàm tu? Gr. *Nihilo.* Tr. *Mane maſtigia.*
Quo argumento ſocius non ſum, & fur ſum, fac dum ex te ſciam?

GR. *Neſcio: neque ego iſtas veſtras leges urbanas ſcio,*
Niſi quia hunc meum eſſe dico. TR. *Et ego item eſſe ajo meum.*

Hæc Plautus. E noſtris etiam Trebatius tradidit ad eamdem faciem apud Gajum *l. 5. §. 1. D. de adquirendo rerum dominio*, beſtiam feram ita vulneratam, ut capi poſſit, ſtatim noſtram intelligi; & eo uſque noſtram videri, donec eam perſequamur: cæterum, ſi deſierimus perſequi, deſinere noſtram eſſe; & rurſus occupantis fieri: itaque addit, ſi per hoc tempus quo eam perſequimur, alius eam ceperit eo animo, ut lucrifaceret, furtum videri nobis commiſiſſe.

3. Referam quoque huc Proculum *l. 55. D. de adquirendo rerum dominio:* detecturus in eo veſtigium diſſenſionis antiquæ, ſed Triboniano olim inobſervatum, & eruditis adhuc ænigma inexplicabile. Verba Proculi.

In laqueum, quem venandi cauſa poſueras, aper incidit; cum eo hæreret, exemptum eum abſtuli: num tibi videor tuum aprum abſtuliſſe? Et ſi tuum putas fuiſſe, ſi ſolutum eum in ſylvam dimiſiſſem, eo caſu tuus eſſe deſiſſet, an maneret? Et quam actionem mecum haberes, ſi deſiſſet tuus eſſe: num in factum dari oporteret, quæro? Reſpondit, laqueum, videamus, ne interſit, in publico, an in privato poſuerim: & ſi in privato poſui, utrum in meo, an alieno: & ſi in alieno, utrum permiſſu ejus, cujus fundus erat, an non permiſſu ejus poſuerim? Præterea, utrum in eo caſu ita hæſerit aper, ut expedire ſe non poſſit ipſe, an diutius luctando ſe expediturus fuerit? Summam tamen hanc puto eſſe, ut ſi in meam poteſtatem pervenit, meus factus ſit. Sin autem aprum meum ferum in ſuam naturalem laxitatem dimiſiſſes, eo facto meus eſſe deſiſſet, & actionem mihi in factum dari oportere, veluti reſponſum eſt, cum quidam poculum alterius ex nave ejeciſſet.

Species clara. In laqueum quem Titius venandi cauſa poſuerat, aper incidit: is cum eo hæreret, Mævius exemptum abſtulit. quæritur, an videatur Titio aprum ſuum abſtuliſſe; & ſi Titii aper fuit, ſi ſolutum eum Mævius in ſilvam dimiſit, an eo caſu aper Titii eſſe deſierit; &, ſi Titii eſſe deſiit, qua actione Titio Mævius teneatur? Reſpondet Proculus, aprum, a Titio occupatum, Titii eſſe: an occupatus autem ſit, nec ne, ex facto æſtimandum eſſe: multumque referre, utrum Titius laqueum in privato, an in publico, poſuerit: nam ſi in publico poſuit, ut in ſilva publica, in itinere publico; tum aprum, quamquam hæreat ita, ut expedire ſe ipſe non poſſit, tamen quia ab unoquoque adiri atque occupari poteſt, ideo non magis a Titio, quam ab alio, occupatum atque apprehenſum intelligi. rurſus, ſi laqueum Titius in privato, ſed alieno, poſuit ſine domini permiſſu; idem dicendum eſſe: quamquam non ea ratione quam V. CL. Jacobus Cujacius *lib. 4. Obſervat. c. 2.* & poſt eum Theodorus Marcilius, attulit ad *§. 12. Inſt. de rerum diviſione*; ſcilicet, quod is ſuam non facit feram, qui eam in alieno fundo capit, invito domino: ſed quia domino jus eſt, ubi viſum ei, laqueum in fundo ſuo adeundi, & aprum prehendendi; Titius vero e diverſo fundum alienum ingredi venandi cauſa jure prohibetur *d. l. 5. §. 1. d. §. 12. l. 16. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum, l. 13. in fin. D. de injuriis*; nec igitur poteſt apri vel hærentis poſſeſſionem, ubi voluerit, corporaliter nanciſci. quod ſi Titius laqueum poſuit in fundo ſuo, alienove, ſed domini conſenſu; & utrovis caſu ita hæſit aper, ut ſe luctando non facile expediturus fuerit; jam prope eſſe, ut Titius apri poſſeſſionem adquiſiviſſe videatur: quia domino non licet, conſilium ſuum mutare in Titii injuriam; ſed nec Mævio licet, in fundo Titii verſari, eo invito. aper igitur a Titio, etſi naturaliter apprehenſus non ſit, apprehendi tamen naturaliter probabiliterque potuit. Hoc, opinor, Proculus indicavit; Tribonianus autem non intellexit in his verbis, *ſummam tamen puto hanc eſſe, ut ſi in meam poteſtatem pervenit, meus factus ſit.* ſenſus enim eſt, ſummam puto hanc eſſe, meus ut factus ſit; ſi, cum voluero, potuerit in meam poteſtatem pervenire. ita viſum mihi id verbum, *pervenit*, accipiendum: primum, quia non abhorret a loquendi uſu quem Pomponius apud Labeonem & in Duodecim Tabulis notat *l. 21. D. de ſtatuliberis*: deinde hic nuſquam dicitur aper in Titii poteſtatem perveniſſe; quamquam dicitur hæſiſſe laqueo quem Titius poſuerat: imo Proculus, ſi recte judico, an occupatus aper ſit, nec ne, tantum ex loco diſtinxit: præterea voluit, conſiderari modum quo aper hæſit: id eſt, animum Titii, dum effectum ſortiri poſſit, ſufficere; corpus non utique deſiderari: denique, ſi quid ei deſit ad naturalem poſſeſſionem, id prorſus animo impleri.

4. Sed profecto Proculum ab hac ſecta fuiſſe, nimis ex Paulo perſpicuum eſt. Verba Pauli in impreſſis codicibus ita leguntur *l. 3. §. 3. de adquirenda poſſeſſione.*

Neratius & Proculus, [&] ſolo animo non poſſe nos adquirere poſſeſſionem, ſi non antecedat naturalis poſſeſſio. Ideoque ſi theſaurum in fundo meo poſitum ſciam, continuo me poſſidere, ſimul atque poſſidendi affectum habuero; quia quod deſit naturali poſſeſſioni, id animus implet. & reliqua.

Vulgata hæc, ſed inſulſa, an ſtolida, lectio; nam quis ſapiens ſic diſputet, colligatve: poſſeſſio non poteſt ſolo animo adquiri: theſaurus igitur a me, ubi in fundo meo eſt, ſolo animo adquiri poteſt? nemo unus. proinde, ne pugnantia pro conſequentibus auctores ſummi imperitiſſime conjunxiſſe viderentur, ſuſpicabar olim, Paulum, quæ dixerat in §. 1.

d. l.

d. l. 3. his in §. 3. ejuſdem capitis Neratii & Proculi, velut diſſentientium, auctoritatem objeciſſe: poſt alium, cum id parum pervideret antiquitatis ignorantia, negationem in *d.* §. 3. plane inutilem atque ineptam inſeruiſſe; perinde ac ſi Paulus definitionem regulamque *d.* §. 1. eo loci repeteret; non Prudentum, quod res erat, pugnæ reſponderet. quamobrem reſtituebam, *Neratius & Proculus ajunt, ſolo etiam animo poſſe nos adquirere poſſeſſionem tradiderunt*, & cætera. exponebam vero ita, Neratius ac Proculus ajunt, ſolo etiam animo poſſe nos poſſeſſionem adquirere; ſi, id eſt, quamvis, ut in *l.* 124. *in fin. D. de verborum obligationibus*, *l.* 37. *in fin. D. de uſuris*: ſi, inquam, ſeu quamvis, non antecedat naturalis poſſeſſio; ideoque ſi ſciam, theſaurum in fundo meo poſitum eſſe; putant, me continuo poſſidere, ſimul atque poſſidendi affectum habuero: quia, quamquam deſit mihi theſauri naturalis poſſeſſio, tamen ubi habeo teneoque fundum in quo theſaurus jacet, quod deſit naturali poſſeſſioni, id facile animo impleri. Ita cenſebam: eo magis, quod ab illa Papiniani dubitatione quæ eſt in *l.* 44. *D. de adquirenda poſſeſſione*, non valde alienum eſſet. Hactenus de priore ſecta.

5. Quid altera? diſtinguebat ea quæ non habent dominum, vel habent, ſed præter ejus voluntatem occupantur, a cæteris quæ ad alium domini voluntate proficiſcuntur: volebat quippe, in illis neceſſariam eſſe naturalem detentionem: in iſtis non utique, modo ſi ſub adquirentis cuſtodia eſſent quocumque modo conſtituta: itaque hinc ambages evitandas, illinc naturæ ſtandum, injurias rixaſque amputandas eſſe, exiſtimabat. Operæ pretium erit, utrumque propius inſpexiſſe. Ad prius multa ſpectant, quæ de fera Gajus *d. l.* 5. §. 1. *D. de adquirendo rerum dominio*, quæ de theſauro & furto Paulus *d. l.* 3. §. 18. ac Celſus *l.* 67. *D. de furtis*, quæ de pecunia in alieno condita Papinianus *d. l.* 44. ſcribunt. Præterea refert Nerva filius, apud Paulum *l.* 1. §. 1. *D. de adquirenda poſſeſſione*, *Dominium rerum ex naturali poſſeſſione cœpiſſe, ejuſque rei veſtigium remanere de his, quæ terra, mari, cœloque capiuntur; nam hæc protinus eorum fieri, qui primi poſſeſſionem eorum apprehenderint. Item bello capta & inſulam in mari enatam & gemmas, lapillos, margaritas in littoribus inventas ejus fieri, qui primus eorum poſſeſſionem nactus eſt.* Hæc pro parte diſtinctionis una. Altera æque vera ac certa; obtinuit autem primum, ut videtur, maxime in columnis rebuſque cæteris quæ propter magnitudinem ponderis facile moveri non poſſent: deinde ad res etiam alias prorepſit; ut tamen imaginem cuſtodiæ vel ex oculis & adſpectu præſentis rei, vel ex appoſitione cuſtodis, vel ex clavium traditione apud horreum in quo eſſent merces venditæ, vel ex præcedente detentione ex cauſa depoſiti vel commodati vel locati, intervenire neceſſe eſſet: propterea quod in his omnibus corporalis apprehenſio & tactus nihil plus concederet adquirenti, quam jam haberet per cuſtodiam rei mobilis; denique, quod naturalis rei mobilis apprehenſio tantum cuſtodiæ gratia adhiberetur. Ita Gajus *l.* 9. §. 5. *D. de adquirendo rerum dominio*; & in primis Paulus *l.* 1. §. 21. *D. de adquirenda poſſeſſione*; quem locum V. CL. Antonius Faber *p.* 3. *De erroribus Pragmaticorum*, *decad.* 75. *Error.* 2. non minus ingenioſe, quam vere, ſic reſtituit, *Si juſſerim, venditorem procuratori rem tradere, cum ea in præſentia ſit: videri mihi traditam Priſcus ait. idemque eſſe, ſi nummos debitorem juſſerim alii dare. non eſt enim corpore et actu* (id eſt, *corpore & tactu*; cum vulgo ſcribatur, *corpore & actu*) *neceſſe apprehendere poſſeſſionem: ſed etiam oculis & affectu. & argumento eſſe eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non poſſunt: ut columnas: nam pro traditis eas haberi, ſi in re præſenti conſenſerint. & vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emptori traditæ fuerint.* Sed & ſi venditor emptori vicinum fundum in ſua turre demonſtret; ejuſque ſe vacuam poſſeſſionem ei tradere dicat: placet, poſſeſſionem emptori ſolis oculis ſoloque affectu perinde, ac ſi fundus naturaliter occupatus apprehenſuſque eſſet, adquiri: ut bene Celſus *l.* 18. §. 2. *D. de adquirenda poſſeſſione*, verbis ſequentibus. *Si venditorem, quod emerim, deponere in domo mea juſſerim, poſſidere me certum eſt, quanquam id nemo dum attigerit. aut ſi vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonſtret, vacuamque ſe poſſeſſionem tradere dicat, non minus poſſidere cœpi, quam ſi pedem finibus intuliſſem.* Sic Celſus; tam clare oſtendens, in his poſſeſſionem animo ſolo ſine corpore & tactu adquiri, ut ad iſtam quoque partem diſtinctionis nihil ultra deſideres. quamobrem manum de tabula tollam: ſi addidero, hanc fictam traditionem, quia civili interpretatione pro naturali traditione habetur, ideo interdum naturalem appellari; exemplumque unum ejus generis, ut omittam alia, extare apud Paulum *l.* 8. *D. de peculio*: ubi de peculio diſſerens, ait, ejus rem eſſe tunc demum, cum naturaliter data eſt; &, cum quæri poſſet, quando ita data videretur, addit, tunc datam videri: cum dominus tradidit; aut, cum apud eum eſſet, pro tradita habuerit. Hoc Paulus. idem vel ſimile habet Labeo; ad eumque in Notis obſervat Javolenus *l.* 51. *D. de adquirenda poſſeſſione*. Verba ejus loci, quia habent dignam inquiſitione ſententiam, apponam, ut illuſtrem, ac ſervem. Verba Labeonis.

Quarundam rerum animo poſſeſſionem nos apiſci ait Labeo: veluti ſi acervum lignorum emero, & eum venditor tollere me juſſerit: ſimul atque cuſtodiam poſuiſſem, traditus mihi videtur. Idem juris eſſe, vino vendito, cum univerſæ amphoræ vini ſimul eſſent. Sed videamus (inquit) ne hæc ipſa corporis traditio

ſit: quia nihil intereſt, utrum mihi, an & cuilibet juſſerim, cuſtodia tradatur?

Verba hæc, ut monui, Labeonis ſunt. in his verbis id primum noto, quod Labeo ait, nos non omnium, ſed quarumdam rerum poſſeſſionem apiſci animo; exemplumque ponit in re vendita: deinde, quod cum animum nominat, ſolum & nudum intelligit: poſtremo puto, verſiculum, *ſed videamus* &c. ſic accipiendum eſſe, quaſi ſignificet: Labeo magis eſſe inquit, ut ipſa hæc, etſi re vera non ſit corporis traditio, tamen intellectu Juris pro corporis traditione habeatur: finge enim, in conſpectu meo rem deponi, & ſub cuſtodia mea conſtitui, præterea nec me, nec alium meo nomine, eam attingere: num dubium, inquit, eſt, ſi interpretationem ſpectes, quin hic opera corporis adhibita, & poſſeſſio tradita acceptaque, intelligatur? minime vero. quid ni ergo idem ſit, ubi tu me juſſiſti tollere, ego cuſtodiam poſui? nil enim refert, utrum mihi, an cuilibet juſſerim, cuſtodia tradatur *arg. l. 35. D. de adquirendo rerum dominio.* Hæc Labeo: ad ea in Notis ita Javolenus.

In eo puto hanc quæſtionem conſiſtere, an etiamſi corpore acervus aut amphoræ apprehenſæ non ſunt, nihilominus traditæ videantur. nihil video intereſſe, utrum ipſe acervum, an mandato meo aliquis cuſtodiat: utrobique enim animi quodam genere poſſeſſio erit æſtimanda.

Vir eximius, Jacobus Cujacius, in *Comment. ad t. P. de adquirend. poſſeſſ. tom. 4. part. 2. operis poſthumi*, legit, *corporis quodam genere:* ſed ego de lectione certa & recepta non recedo: ſenſus enim Javoleni, quamquam ſubdifficilis, tamen non dubius hic eſt: In eo vertitur Labeonis quæſtio, an acervus, licet corpore non ſit apprehenſus, tamen pro tradito habeatur Jure Civili. quod magis eſt: ſi quis enim in uno exemplo velit diſſentire, & traditionem inficiari; is viderit, ne traditionem quoque ab altero excludat: utrobique enim, id eſt, utroque in caſu, ſi ad ſubtile exigantur ſingula, animi quodam genere, ſeu animo quodammodo ſolo, poſſeſſio æſtimanda erit. at naturalis traditio atque apprehenſio procul dubio in altero, quamquam nulla intervenit, utique intervenire creditur: igitur conſequens eſt, ut eadem altera quoque in ſpecie Juris intellectu eſſe videatur. Hæc Labeonis, addo, Javoleni, ſententia eſt: quam & ſuperiora probant, & Paulus refert in *d. l. 1. §. 21. D. de adquirenda poſſeſſione:* Priſci enim ubi meminit, Javolenum intelligit: cui Priſco nomen fuiſſe, a Plinio *lib. 6. epiſt.* 15, & Pomponio *l. 2. ad fin. D. de origine juris*, accepi: etſi idem quoque Neratio fuiſſe nomen, non ignorem. ſed pro Javoleno facit, quod is *libro* 10. *Epiſtolarum* in hac vel ſimili prope ſpecie traditionem quodammodo manus longæ eſſe perhibet. Verba ejus adſcribam, ut caveas ab Antonio Fabro *part. 3. De erroribus Pragmaticorum decad. 75. error. 6.* qui putat, Labeonis ſententiam a Javoleno corrigi in *d. verſ. ſed videamus.* Verba Javoleni quæ huc ſpectant, in *l. 79. D. de ſolutionibus & liberationibus* talia ſunt. *Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, ſi in conſpectu meo ponere te jubeam: efficitur, ut & tu ſtatim libereris, & mea eſſe incipiat. nam tum, quod a nullo corporaliter ejus rei poſſeſſio detineretur, adquiſita mihi, & quodammodo manu longa tradita exiſtimanda eſt.*

6. Tantum de poſſeſſionis apprehenſione ac traditione. Videndum porro, quod titulus hujus capitis pollicetur, an in traditionibus pleriſque & veris & fictis peræque deſideretur rei præſentia. Et cenſet Antonius Faber adverſus Pragmaticos *d. decad. 72. error. 1. & ſeqq.* nec exceptionem prope admittit, præter unam quam deſumit ex *l. 9. §. ult. D. de rebus creditis.* Movet eum virum, quod arbitratur, fictam traditionem non habere alio in caſu locum, quam in quo vera poteſt: præfatus, commune eſſe omnibus Juris fictionibus, ut tunc inducantur demum, cum id quod in fictionem venit, & jus & natura recipit: maxime, ſi verſantur circa hominis factum; in quo quanto minor ſit poteſtas Juris, tanto majorem requiri aptitudinem, ut fictio obtineat: at ſine dubio ejuſmodi eſſe cauſam poſſeſſionis *arg. l. 19. D. Ex quibus cauſis majores. l. 1. §. ſi vir uxori D. de adquirenda poſſeſſione.* Jam per rerum naturam fieri vix poſſe; ut corporalis poſſeſſio ſine vera traditione mutet poſſeſſorem; item ut fiat vera & naturalis traditio rei quæ non ſit præſens: tradere enim eſſe, de manu in manum dare: & ideo nec iſta quidem traditione quæ ex conſtituto inducitur, aliter transferri poſſeſſionem, quam ſi conſtituti tempore res præſens & quaſi ſub oculis inveniatur. Hæc viri & acuti & docti ſententia eſt: ſed mihi diſplicet: exiſtimanti, rei præſentiam non ea ſolum in ſpecie non eſſe valde neceſſariam, in qua poſſeſſio detentiove jam ante domini voluntate venit ad novum poſſeſſorem; (uti Faber voluit *arg. d. l. 9. §. ult.*) ſed nec in conſtituto poſſeſſorio deſiderari: hoc eſt, cum quis id quod ſuo nomine poſſidet, alieno nomine poſſidere conſtituit; & ipſe ita deſinit poſſidere, ut quaſi procurator ſuo rurſus corpore alienæ poſſeſſioni miniſterium præſtet, ex ſententia Celſi in *l. 18. D. de adquirenda poſſeſſione.* Quamquam enim poſſeſſor a re abſit ea in ſpecie; tamen quia animo ei præſens eſt, quamdiu is effectum ſortiri poteſt, fictione Juris non minus corpore & oculis, quam animo, præſentem intelligi *arg. l. 3. §. 7. l. 46. l. 25. §. 2. D. eod. tit. l. 1. §. 24. D. de vi & de vi armata:* neque eſſe a ratione juris alienum, qui corpore abſens, præſens animo ſit, is ſi alii poſſidere conſtituat: hoc eſt, deſtinet, ſuam amittere poſſeſſionem, & interim miniſterio ſuo alium facere poſſeſſorem. Dices, dupli-

cem

cem fictionem circa eàmdem rem non facile concurrere. Sed id vanum eſt; & Paulus diſcutit *l.* 1. §. 1. *D. Pro ſocio*; cum ſcribit, in ſocietate omnium bonorum omnes res quæ coëuntium ſunt, continuo communicari, quia (ut Gajus ſubjicit *l.* 2. *D. eod. tit.*) licet ſpecialiter non interveniat traditio, tamen tacita intervenire creditur: nec, opinor, cuiquam hac in ſpecie eſt aut traditionis obſcura fictio, aut poſſeſſionis conſtitutio: nam qui hactenus ſibi res ſuas tenuit jure dominii, is nunc conſtituit, eas poſſidere ex cauſa ſocietatis, non tantum ſibi, ſed & alii. Quod ſi eſt: vix cerno, qui ſit quæſtioni Viro Docto; an per conſtitutionem, etiam abſente re, in alium transferatur poſſeſſio: niſi is velit dubitare; num in ſocietate omnium bonorum omnes res quæ coëuntium ſunt, continuo communicentur; aut, quod a vero eſt remotius, etiam in tacita rerum omnium traditione quæ infinitæ ſæpe ac diſſitæ ſunt, præterea aliam ſibi fingat præſentiam, quam qua res ſub utriuſque cuſtodiam cadat, utroque ſocio mutuæ poſſeſſioni operam dante, id eſt, exiſtente hoc animo, ut non ſuas quiſque res habeat, ſed ut ambo eamdem rem pari jure poſſideant. Verum non dignum eſt, ei qui hoc dixerit, reſponderi latius.

Caput VII.

Culturam & curam *idem valere in §. 35. Inſt. de rerum diviſione, adverſus Accurſum & Cujacium. Ea verba non factum qualis qualis culturæ & curæ, ſed jus, ſignificare. Bonæ fidei poſſeſſoris, qui rem accepit ex juſta cauſa, naturali ratione fieri fructus, non tantum induſtriales, ſed & naturales.*

Juſtinianus in §. 35. *Inſt. de rerum diviſione. Si quis a non domino, quem dominum eſſe crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet juſta cauſa æque bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus eſſe pro cultura & cura.*

Quæſitum eſt, utrum poſtrema verba, *cultura* & *cura*, idem ſonent eo in loco, an diverſum quidpiam ac ſeparatum? Et hoc magis eſſe, cum Accurſius credidit, tum Cujacius in Notis ad *d.* §. 35. Sed mihi contra viſum, idem ſignificare: ut in illo Virgilii *lib.* 1. *Georgicorum.*

— — *Quæ cura boum, quis cultus habendo*
Sit pecori. — —

Nam, ut Servius notat, aut epexegeſis eſt in ſequenti; hoc ut ſit, qui cultus habendo ſit pecori, quod eſt, quæ cura boum; aut certe κατ' ἐξοχὴν ait, boves, & poſtea intulit cætera pecora; ut majus animal ſeparet a minoribus &c. Jam Ovidius *De remedio amoris.*

Rura quoque oblectant animos, ſtudiumque colendi.
Quælibet huic curæ cedere cura poteſt.

Seneca quoque *lib.* 2. *De Beneficiis c.* XI. *Perdet*, inquit, *agricola, quod ſparſit, ſi labores ſuos deſtituet in ſemine. Multa cura ſata perducuntur ad ſegetem: nihil in fructum pervenit, quod non a primo uſque ad extremum æqualis* cultura *proſequitur.* Sed & Quintilianus *lib.* 1. *Inſt. orator. c.* 12. *Cur non idem ſuademus agricolis, ne arva ſimul & vineta & oleas & arbuſta colant, ne pratis & pecoribus & hortis & alvearibus accommodent* curam? Unde apparet, *culturam* valere idem *curæ* apud Juſtinianum. cauſa autem conjungendi utrumque verbum mihi iſta videtur eſſe, quod ea conjunctio orationem facit aliquanto modulatiorem & magis aptam atque efficacem, quam ſi ſimpliciter ſit, dicaturque, *pro cultura.*

Id quo ſpectat? nempe, ut intelligamus Imperatorem Juſtinianum velle, fructus tam naturales, quam induſtriales, fieri bonæ fidei poſſeſſoris, qui fundum accepit ex emptione, vel legato, vel ſimili juſta cauſa: eo quod & cultura & cura pro qua illi fructus indiſtincte addicit Imperator, ad utrumque fructuum genus referuntur. Quamquam ut melius intelligatur res non minus elegans, quam difficilis, & (quantum ſcio) nondum demonſtrata ab aliis: porro addam, quod Imperator, cum fructus bonæ fidei poſſeſſori addicit *pro cultura* & *cura*; non ſignificat, fructus ejus fieri pro quali quali cultura & cura: (alioquin debuiſſet eos quoque adſcribere poſſeſſori malæ fidei: nam is æque culturam & curam fundo adhibet, ac poſſeſſor bonæ fidei, licet nullos fructus ſuos faciat) potius voluit Imperator, fructus ideo bonæ fidei poſſeſſoris eſſe: quia ei, quaſi domino, eſt jus colendi & curandi fundum, quem juſta ex cauſa a non domino accepit bona fide. idque ſic demonſtro. Placet, fructus ſive domino, ſive poſſeſſori bonæ fidei, adquiri jure acceſſionis, atque adeo jure corporis ex quo proficiſcuntur *l.* 25. §. 1. *D. de uſuris.* Primum, ſi quis eſt dominus fundi ſeu corporis ex quo naſcuntur fructus, is naturali ratione eſt dominus fructuum, ex eo natorum §. 19. *Inſt. de rerum diviſione:* ſive ſint induſtriales, ſive naturales; inprimis, ubi cohærent cum corpore: tum enim faciunt partem corporis *l.* 44. *D. de rei vindicatione*; & oportet eum qui eſt dominus corporis, eſſe dominum partium ejus. hoc, cum pendent fructus, & cohærent cum corpore. quid, ſi percepti ſint: id eſt, a corpore ſeparati? idem dicendum eſt, nec refert; utrum a domino, an ab alio ſeparati, ſint: quia ante fuerunt domini, neque ſeparatione

con-

contigit quidquam quo deſinerent eſſe *d. l.* 25. §. 1. Sed ut fructus, ſive naturales, ſive induſtriales, ſunt domini corporis ex quo nati ſunt: ita fructus, tam naturales, quam induſtriales, corporis bona fide poſſeſſi vel ex emptione vel quo ſimili juſto titulo, ſunt bonæ fidei poſſeſſoris *d.* §. 35. maxime, cum pendent, neque ſunt ſeparati a corpore ex quo ſunt nati: tum enim intelliguntur pars corporis. porro bonæ fidei poſſeſſor, etſi non ſit corporis dominus, tamen habetur dominus corporis. habetur igitur & dominus partium corporis: id eſt, fructuum. ita, cum pendent fructus. quid, ſi percepti ſint: hoc eſt, ſeparati a corpore? adhuc manent poſſeſſoris bonæ fidei; ſive ab ipſo, ſive ab alio, ſeparati ſint: quia ante cum penderent, jam fuerunt ejus, neque ſeparatione quidquam factum eſt quo deſinerent eſſe *d. l.* 25. §. 1. *l.* 48. *D. de adquirendo rerum dominio.* Is ſenſus Juſtiniani in *d.* §. 35. qui ſi placet: apparet, culturam & curam in illo § non factum ſignificare, ſed jus culturæ & curæ quod bonæ fidei poſſeſſori, quaſi domino, conceditur interpretatione bonæ fidei. Neque inuſitata noſtris ea loquutio: nam ſimiliter alluvionem pro jure alluvionis, hauſtum pro jure hauriendi, actum pro jure agendi, iter pro jure eundi, appulſum pro jure appellendi, & ſimilia, legimus *l.* 16. *D. de adquirendo rerum dominio*, *l.* 5. §. 1. *l.* 13. §. 2. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum.* Dixi, quid ſentiam de *d.* §. 35. cui objicitur *l.* 45. *D. de uſuris.* Sed fruſtra.

CAPUT VIII.

1. *Hypothecam jure honorario conſtitui nudo pacto, & tolli: ſi conveniatur,* ne pignus petatur. *Nova interpunctio & explicatio l.* 23. *C. de pignoribus. Cujacii, Fabri, Giſanii, & aliorum, taxatæ ſententiæ.* 2. *Quid, ſi conveniatur*, ne debitum petatur? *Marcianus ab ingenio correctus duobus locis l.* 5. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur.* 3. *Severi & Antonini ſenſus in l.* 2. *C. de remiſſione pignoris.*

1. De hypotheca jure honorario naſcitur pacto actio, & tollitur: nec mirum eſt, pacto perimi, ſi pacto perficitur: æquitatis enim vinculum quo ſolo ſuſtinetur, æquitate conventionis diſſolvitur, & perit ipſo jure quo colligatur. Nolo, hoc mihi credas: ſit fides Imperatoribus, Diocletiano & Maximiano *l.* 23. *C. de pignoribus*, in qua ſic ſcriptum eſt.

Major annis viginti quinque pignoris conventionem remiſſam, cum hoc ſolum pactum; vel juriſdictio ſecundum ipſius voluntatem tueatur, perſequi non poteſt.

Obſcura verba ſunt, ſed, ne offendas, lucem faciam. comma vides poſt hæc verba, *cum hoc ſolum pactum:* id comma natum a ſequiore intellectu particulæ, *vel*, ibidem ſequentis. dele & lege.

Major annis viginti quinque pignoris conventionem remiſſam, cum hoc ſolum pactum vel juriſdictio ſecundum ipſius voluntatem tueatur, perſequi non poteſt.

Plana & clara ſententia, Majorem viginti quinque annis non poſſe actione hypothecaria perſequi hypothecam: quam pacto nudo remiſit. quam ob cauſam? quia vel jurisdictio (Edictum ſic appellant Imperatores: ut in *l.* 2. *C. de reſtitutione militum*, & aliis infinitis locis) quando, inquam, vel jurisdictio hoc ſolum, ſeu nudum, pactum ſecundum ipſius majoris voluntatem tuetur. Hoc autem quid aliud eſt, quam hypothecæ ſpecialiter datum eſſe Edicto, ut pacto, quamvis ſolo, & naſcatur & pereat? cavebis enim, ſi ſapis, a Jacobo Cujacio in *comment. ad d. l.* 17. §. 2. *D. de pactis, & ad tit. C. de remiſſione pignoris*, ab Antonio Fabro in *Rationalib. ad d. l.* 17. §. 2. ab Huberto Giſanio ad *d. l.* 23. & aliis qui perhibent, verba iſta, *perſequi non poteſt*, eſſe ambigua, atque ad litis exitum referenda. nam ut fatear, ſæpe nil intereſſe, utrum quis non habeat actionem, an habeat eam quæ per exceptionem infirmetur: quid tamen tali opus interpretatione eſt, ubi oculis uſurpatur veritas? dilucide ſcribunt Imperatores, ſi hanc meam conſideres emendationem, hypothecam pacto conſtitui, pacto tolli: quia id pactum, etſi ſolum ſeu nudum ſit; tamen vel Prætoris jurisdictione, non tantum naturali ratione, adjuvatur: locutione ac ſenſu plane ſimili huic Valeriani & Gallieni. *Etiam jure civili domeſtici teſtimonii fides improbatur l.* 3. *C. de teſtibus.* Erit tamen alquanto clarior res, intellecta vocula *vel*, de qua monui ſupra: non enim hic ſeparationem indicat; ſed nec conjunctionem: verum pro *etiam* aut ſimili ſumitur; & præcipuum quiddam ſignificat: ut in *l.* 1. *D. de pignoribus & hypothecis*, *l.* 43. *D. Familiæ erciſcundæ*, & apud Terentium in illo *Andriæ* 3. 2. *verſ.* 9. *Vel hoc quis non credat, qui norit te, abs te eſſe ortum?* ubi in Notis ſic ſcribit Donatus. Vel, *modo non eſt disjunctiva conjunctio, ſed pro* etiam *poſita: ut apud Virgilium.* Vel Priamo miſeranda manus. *Et.* Carmina vel cœlo poſſunt deducere lunam. *Et bene*, vel hoc, *ſubaudias exceptis illis, quæ reprehendit ſupra.* Sed in viam. Hoc volunt igitur Imperatores, hypothecam pacto nudo & conſtitui, & tolli, Prætorio jure: in primis, ſi ſic conveniatur, *Ne hypotheca petatur.*

2. Quid

Digitized by Google

2. Quid ſi ſic, *Ne debitum petatur?* dubitatum a Veteribus eſt, utrum ipſo jure, an per exceptionem, liberetur hypotheca. Quod, ſi neſcis, Marcianus probabit tibi in *l. 5. D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur.*

> *Solvitur hypotheca & ſi ab ea diſcedatur, aut paciſcatur creditor, ne pecuniam petat: niſi ſi quis dicat pactum interpoſitum eſſe, ut a perſona non petatur. Et quid ſi hoc actum ſit, cum forte alius hypothecam poſſidebit? Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem [&] in hoc caſu poſſunt dici, ut & ab hypotheca diſcedatur.*

Hæc recepta lectio; ſed depravata non uno loco. corrigo & ſcribo.

> *Solvitur hypotheca, & ſi ab ea diſcedatur, aut paciſcatur creditor, ne pecuniam petat: niſi ſi quis dicat pactum interpoſitum eſſe, ut a perſona non petatur. Et quid ſi hoc actum ſit?* * *Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eâdem, [&] in hoc caſu poteſt dici, ut & ab hypotheca diſcedatur.*

Primus ita ſcripturam ex conjectura reſtitui. An vere? videamus. Ait Marcianus, *Solvitur hypotheca, & ſi ab ea diſcedatur, aut paciſcatur creditor, ne pecuniam petat.* Hæc verba manifeſtam habent ſententiam, Si paciſcatur debitor, Ne pignus petatur, hypothecam ſolvi ipſo jure: idemque eſſe, ſi paciſcatur, Ne pecunia petatur.

Pergit Marcianus, *Niſi ſi quis dicat, pactum interpoſitum eſſe, ut a perſona non petatur.* His verbis continetur objectio, ſpectans fere ad poſterius pactum quod eſt, Ne pecunia petatur: in priore enim quod eſt, Ne pignus petatur, certum jus fuit: ut monui. ſenſus autem Marciani eſt, Etiam pacto, Ne pecunia petatur, liberari hypothecam: niſi ſi quis putet, eo non agi, Ne pignus petatur; ſed Ne debitum petatur. Is Marciani ſenſus: ſunt enim ejus verba non de perſonali pacto accipienda, ſed de perſonali debito. Ait tamen, *ut a perſona non petatur.* Sed ideo quia ſors principalis perſonali debetur obligatione, eoque tantum petitur a perſona debitoris: hypotheca contra non debitorem obligat, ſed rem pignoratam; eoque a quocumque ejus poſſeſſore petitur: denique, ut verbo abſolvam, actio hypothecaria tantum hypothecam, perſonalis actio tantum debitoris perſonam, ſequitur.

Subjicit Marcianus, *Et quid ſi hoc actum ſit?* diſpunxi hic verba iſta, *cum forte alius* hypothecam *poſſidebit*; vel ut Accurſius legit, *poſſidebat*: quia videntur profecta ab Interprete qui in his aliquid deeſſe, & anterioribus verbis perſonale pactum ſignificari, exiſtimabat. ſententia vero Marciani talis eſt: Et quid, ſi hoc actum ſit, ut tollatur in perſonam obligatio, ſive principale debitum? hoc eſt, quamvis hac conventione, *Ne pecunia petatur*, ſit tantum palam & directo actum, ne ſors petatur; tamen quia per conſequentiam & de hypotheca pactum conventum eſt; ideo eo quoque pacto hypotheca ſine exceptione ſolvetur ipſo jure. habet enim hæc interrogatio (*Et quid ſi hoc actum ſit?*) præter elegantiam plerumque etiam arguendi vim fortiorem, quam rectus ſimplexque ſermo: ut Quintilianus docet *lib. 9. Inſtit. orator. c. 2.*

Sequitur. *Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eâdem, & in hoc caſu poteſt dici, ut & ab hypotheca diſcedatur.* Comma pinxi poſt verbum *eâdem*, ut in Accurſii editione. tum repoſui, *poteſt* pro *poſſunt*, probabili nec difficili mutatione: ſpectantibus ad Siglum P ξ quod utrumque & *poteſt* & *poſſunt* continet, Diacono teſte in Notis Veterum: *poteſt* autem a Marciano ſcriptum fuiſſe, ſuſpicor; non *poſſunt*: & ſenſum eſſe, Sed cum principalis obligatio non alias pacto tollatur, quam per exceptionem perpetuam; etiam dici, id eſt, defendi poſſe, quaſi exceptione eâdem & ab hypotheca quæ acceſſionis loco eſt, diſcedatur.

3. Unde apparet, Veteres ea in ſpecie eſſe utraque uſos ſententia: id eſt, iſta quæ pro exceptione faceret; etiam illa quæ hypothecam ſine exceptione tolleret ipſo jure. Idem obſervatum, puto, fuit; ubi debitor creditoris voluntate hypothecam vendidit: id autem ut putem, inducor Severi & Antonini verbis quæ ſunt in *l. 2. C. de remiſſione pignoris.*

> *Si probaveris te fundum mercatum, poſſeſſionemque ejus tibi traditam, ſciente & conſentiente ea, quæ ſibi eum a venditore obligatum dicit, exceptione eam removebis. Nam obligatio pignoris conſenſu & contrahitur & diſſolvitur.*

Caſus talis eſt. Titius fundum ſuum hypothecæ obligavit Mæviæ. deinde, hac conſentiente, eumdem fundum Materno vendidit; addam, & tradidit. dehinc Mævia hypothecam a Materno petit actione quaſi Serviana. is rogat Imperatores; an & qui debeat ſe tueri adverſus Mæviam; & de exceptione pacti nominatim adjicit. Pro Mævia dubitatio hæc eſt, quod magis conſenſit venditioni hypothecæ, quam remiſſioni: ſupereſt igitur actio, a qua receſſum non eſt. Contra facit, quod hic fundus eſt Materno Mæviæ voluntate alienatus & traditus; & ideo ipſa, ut ſibi a Materno applicetur fundus quem ei & vendi, & tradi paſſa fuit, inverecunde deſiderat *l. 8. §. 6. l. 10. D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur.* Hæc difficultas una: eſt & altera, atque ipſa in modo defenſionis: quia eſt hic quidem palam pactum conventum de alienanda hypotheca; ſed non de tollenda: adeo ſi quis finis eo pacto ei adfertur; is ei per conſequentiam, non principaliter, adfertur: eoque caſu ſicut difficile eſt, ut hypotheca ipſo jure tollatur: ita exceptio ſine hæſitatione adhibetur *l. 8. §. 9. 13. 17. D. eod. tit.* Hæc difficultas altera. Ad utramque ita Imperatores: Si probaveris, Materne, & fundi alienationem & conſenſum Mæviæ: en, duplex tibi

* *Cum forte alius hypothecam poſſidebit.*

ad defenſionem via: uti ſi velis pacti exceptione qua de quæris, uti poteris: cæterum verum eſt, hypothecam & conſenſu contrahi, & conſenſu diſſolvi. Is mihi videtur Imperatorum ſenſus: fortaſſis & tibi, ſi intelligis voculam *nam*, qua utuntur Imperatores: aliter enim eam exaudio, quam ſolent Interpretes. illi pro cauſa exiſtimant: ego opinor incipiendi vim, non cauſam, habere; & ita uſurpari in Ulpiani verbis illis *l. 2. §. 1. D. Vi bonorum raptorum. Hoc edicto contra ea, quæ vi committuntur, conſuluit Prætor. Nam ſi quis ſe vim paſſum docere poſſit, publico judicio de vi poteſt experiri.* Vides, hic proponi actionem vi bonorum raptorum, quæ privata actio eſt; ei ſubjici judicium publicum: id vero num cauſa eſt? an ſimile Imperatoribus in *d. l. 2.*? Sed, puto, hoc dices. Apud Suetonium quoque ita accipitur in *Caligula c. 23.* ubi ſic ſcribit. *Fratrem Tiberium inopinantem interemit. Silanum item ſocerum ad necem compulit, cauſatus in utroque, quod hic ingreſſum ſe turbatius mare non eſſet ſequutus, ille antidotum oboluiſſet, cum & Silanus impatientiam nauſeæ vitaſſet, & moleſtiam navigandi, & Tiberius propter aſſiduam & ingraveſcentem tuſſim medicamento uſus eſſet. Nam Claudium patruum non niſi in ludibrium reſervavit.* Vocula, *nam*, incipit, ut dixi, & ſeparat; cauſam præcedentium non adfert. Idem crede eſſe in *d. l. 2. C. de remiſſione pignoris.* nam ſi aliter expones eam particulam; inepta erit ejus loci & ratio & conſequentia: quod ſi enim verum eſt, hypothecam ita tolli nudo conſenſu, uti conſtituitur; ipſo jure tolletur, & ſupervacua emptori erit exceptio *l. 9. C. de exceptionibus.* cæterum, quia apud Veteres aliquam recipiebat dubitationem, utrum hypotheca hoc in caſu conſenſu ipſo jure, an per exceptionem liberaretur; non abſurdum eſt, utrumque obſervatum eſſe a Jureconſultis: tamen ut tutior exceptio haberetur: nam id & alibi obtinuit *l. 34. D. de obligationibus & actionibus.*

CAPUT IX.

Matrimonii cum amicitia, mariti cum patre, uxoris cum filia, comparatio elegans. Tum communio bonorum an inter hos apud Veteres fuerit, & qualis? Nuptiarum, ut eæ definiuntur c. 1. D. de ritu nuptiarum, explicatio gemina.

Quæ de matrimonio ſcripſere Veteres, ea, mirum eſt, ni magnam partem ab amicitia petierint: ſive enim ſpectes legem utriuſque generis, ſive effectum; in his nihil eſt quod in magno ponas diſcrimine: præterquam quod in matrimonio maris ac feminæ, in amicitia aut virorum, aut feminarum, aut ſexus utriuſque, conſenſus eſt. Adhæc plures, quam duos, amicitia admittit; matrimonium plures reſpuit: illa animos miſcet; hoc etiam corpora, non ſolum animos. Nec tamen ſcio, an Veteres & iſta ab iiſdem duxerint principiis: cum hanc primam ſecerint amicitiæ legem; ut nec roges res turpeis, alienaſve a moribus populi; neque rogatus facias. Tamen horum quidquid ſit, in præſentiarum nil definio, nec moror; dum matrimonium amicitiamque in cæteris convenire oſtendam ut genus & ſpeciem; ſimul, an & qualis marito cum uxore apud Veteres communio fuerit: quod ſæpe quæſitum ab eruditis, non autem ſatis expoſitum eſt. Primum legem videamus: quam amicitiæ ponit Cicero *pro Plancio.* Verba Ciceronis. *Vetus eſt lex illa juſtitiæ amicitiæque, ut idem amici ſemper velint, neque eſt ullum certius amicitiæ vinculum, quam conſenſus & ſocietas conſiliorum & voluntatum.* Hæc amicitiæ, addo, matrimonii, lex eſt; & ipſa ex Prudentum ſecta, Apulejo teſte cum de marito *lib. 9. Metamorph.* ita infit. *Ipſe ſemper cum mea conjuge tam concorditer vixi, ut ex ſecta prudentum eadem nobis ambobus placerent.* Jam Gratianus ex eadem ſecta *c. Beata Maria §. conſenſus c. 27. q. 2. Conſenſus cohabitandi & individuam vitæ conſuetudinem retinendi interveniens eos conjuges fecit. Individua vero conſuetudo eſt, talem ſe in omnibus exhibere viro, qualis ipſa ſibi eſt, & e converſo.* Sed matrimonii amicitiæque legem habes. Inde effectum accipe; & hunc, exceptis, quæ dixi, paucis, ubique parem aut eumdem. Etiamne in bonis? etiam: ſiquidem communia ſunt conjugum bona. negat certe Nerva ac Caſſius, uxorem viro furtum facere: ea cauſa, quia ſocietas vitæ quodammodo eam dominam faceret *l. 1. D. de actione rerum amotarum.* Sed & amicorum communia pleraque eſſe, amicitiæ conſequens eſt, & proverbio vetere percrebuit. Dido apud Virgilium *lib. 1. Æneidos verſ. 577.*

Urbem quam ſtatuo, veſtra eſt. Subducite naves.
Tros Tyriuſque mihi nullo diſcrimine agentur.

Item Cicero *De legibus lib. 1. Cum hanc benevolentiam late longeque diffuſam vir ſapiens in aliquem pari virtute præditum contulerit, tum illud effici, quod quibuſdam incredibile videatur, ſit autem neceſſarium, ut nihilo ſeſe plus, quam alterum diligat. quid enim eſt, quod differat, cum ſint cuncta paria? quod ſi intereſſe quidpiam tantulum modo potueris, etiam amicitiæ nomen occiderit: cujus eſt ea vis, ut ſimul atque ſibi aliquid, quam alteri maluerit, nulla ſit.* Societas igitur amicis conjugibuſque ut animorum, ſic bonorum, fuit. quid multa? ipſum matrimonium a Modeſtino *l. 1. D. de ritu nuptiarum* definitur, *Conjunctio maris ac feminæ, conſortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio.* quid ni? & amicitia apud Cicero-

nem

Digitized by Google

nem in *Lælio ſive de amicitia* deſcribitur, *Omnium divinarum humanarumque rerum cum benevolentia & caritate ſumma conſenſio*; vel, ut idem alibi hoc exprimit eodem libro, *Omnium rerum, conſiliorum, voluntatum ſine ulla exceptione communitas.* Seneca quoque *epiſt.* 48. *Conſortium rerum omnium inter nos fecit amicitia.* Quod matrimonii definitioni convenit. Quamquam, ne te fallat nomen communionis, & hoc monendus es, in his intelligi communionem, non veram ac propriam; ſed quæ benevolentia & uſu finitur; adeo neque proprietatem transfert, neque cum invitis exercetur. Hanc in amicis indicat Seneca *lib.* 7. *De beneficiis c.* 12. Verba Senecæ. *Quidquid habet amicus, commune eſt nobis, ſed illius proprium eſt, qui tenet. uti, illo nolente, non poſſum.* Similiter in conjugibus Ulpianus *l.* 1. §. 15. *D. de Senatuſconſulto Silaniano, Quanquam,* inquit, *neque viri ſervi proprie uxoris dicantur, neque uxoris proprie viri, commixta tamen familia & una domus eſt.* Jam illo quid apertius, quod Impp. Theod. & Valent. *l.* 8. *C. de pactis conventis* decernunt, *Ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, nullam, uxore prohibente, habeat communionem, nec aliquam ei neceſſitatem imponat.* Quid cum addunt? *Quamvis bonum erat mulierem, quæ ſe ipſam marito committit, res etiam ejuſdem pati arbitrio gubernari; attamen quoniam conditores legum æquitatis convenit eſſe fautores, nullo modo, ut dictum eſt, muliere prohibente, virum in paraphernis ſe volumus immiſcere.* Sed patet, matrimonium, ubi nudo conſenſu penditur ex gentium jure, amicitiæ velut ſpeciem ſuo generi apud Modeſtinum *d. l.* 1. reſpondere.

Nec tamen inficior, Modeſtinum ad eas quoque nuptias referri recte; quæ ex jure Quiritium uſu, farre, aut coëmptione, celebrantur. Hiſce enim modis (ut Gellius ſcribit *lib.* 18. *Noct. Atticar. c.* 6. & Gajus *in Collatione legum Moſaicar. & Romanar. tit.* 16. aliquatenus etiam Ulpianus oſtendit *l.* 195. §. 1. *D. de verborum ſignificatione*) materfamilias non in matrimonium tantum venit, ſed in manum quoque ac mancipium, hoc eſt, in familiam, mariti, inque locum ſui heredis. Ita qualis filiafamilias ratione patris eſt; talis ea ratione mariti habetur; denique mortuo quaſi filia una cum ſuis liberis ſuccedit; & ut filia vivo patre nihil in bonis habet; ita mulier, ubi viro in manum convenit, omnia (ut Cicero *in Topicis* refert) quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine; nec quidquam retinet, niſi jure peculii, aut viro auferat, aut ſtupro inveniat. Plautum audi *Caſina* 2. 2. *verſ.* 26.

— — Peculi probam nihil habere addecet
Clam virum: & quæ habet partum, ei haud commodi eſt,
Quin viro aut ſubtrahat, aut ſtupro invenerit.
Hoc viri cenſeo eſſe omne, quidquid tuum eſt.

Inde Sabinus ac Proculus *d. l.* 1. *D. de actione rerum amotarum* ajunt, uxorem marito furtum facere, ſicuti filia patri faciat. Poſſit & Modeſtinus inde *d. l.* 1. nuptias appellare divini & humani juris communicationem: ſimiliter ut hanc Paulus inter patrem & ſuum heredem conſtituit *l.* 11. *D. de liberis & poſthumis heredibus inſtituendis*; ante Paulum autem Plautus indicat *Trinummo* 2. 2. *verſ.* 47. his verbis.

— — — Pater
Bene volo ego illi facere, ſi tu non nevis. PH. Nempe de tuo.
LY. De meo: nam quod tuum 'ſt, meum 'ſt: omne meum eſt autem tuum.

Cicero quoque *Verrina* 3. cum, *Homo,* inquit, *improbiſſime, cur tantam injuriam P. Annio mortuo feciſti? cur hunc dolorem cineri ejus atque oſſibus inuſſiſti, ut liberis ejus bona patria voluntate patris, jure, legibus tradita eriperes, &, cui tibi eſſet commodum, condonares? quibuscum vivi bona noſtra partimur, iis Prætor adimere nobis mortuis bona fortunaſque poterit?* Ut igitur cum filio filiaque familias pater, ſic maritus cum uxore quæ in ipſius manu mancipioque eſt, jus cum divinum, tum humanum, communicat: id eſt, hereditatem & ſacra familiaria. nam iſta conjungi ſolere, manifeſtius eſt, quam ut oſtendi neceſſe ſit. Utrumque probat Dionyſius Halicarnaſſeus, *lib.* 2. *Rom. antiq. c.* 4. de nuptiis confarreatis ita loquens, *Lex autem hæc erat, mulierem nuptam quæ ex ſacratis legibus in manum mariti conveniſſet, cum eo omnium & bonorum & ſacrorum participem eſſe.* Et poſt, *Uxor enim ſi pudica fuiſſet, & marito in omnibus rebus morem geſſiſſet, erat familiæ domina æque atque ipſe vir, & in ejus defuncti bona, ut filia in patris, heres ſuccedebat. Et ſi ſine liberis & inteſtatus obiiſſet, erat omnium bonorum relictorum domina: ſin autem liberos habuiſſet, ex æquo cum liberis particeps erat.* Cæterum ad utramque hanc communicationem quæ marito cum uxore liberiſque intercedit, fortaſſe reſpicit hoc Ciceronis *lib.* 1. *De officiis. Prima ſocietas in ipſo eſt conjugio; proxima in liberis, deinde domus una, communia omnia.* Pamphili quoque illud huc transſeram ex Terentii *Andria* 1. 5.

Te iſti virum do, amicum, tutorem, patrem:
Bona noſtra hæc tibi committo, & tuæ mando fidei.
Hanc mihi in manum dat.

Vides enim nuptias ſolemnes per conventionem in manum, ex hiſce virum, adde amicum, id eſt, ſocium vitæ, præterea tutorem & patrem, ei bona magis committi, quam dari: quia Glycerium ejus in poteſtate mancipioque, &, ut verbo finiam, ei in ſuis heredibus futura erat: quod eſt conſentaneum Paulo *d. l.* 11. & reliquis allegatis locis. Sed nec aberrat ab illo Valerii apud Livium *lib.* 34. *c.* 6. *ad fin. Et vos in manu & tutela, non in ſervitio debetis habere eas, & malle patres vos*

& viros, quam dominos dici. Tamen quod de tutela refertur his in locis, fere improprium eſt, & præter uſum Jureconſultorum: ſervire autem cum mulier dicitur, non improprie dicitur. Nam & Virgilius ſic *lib.* 4. *Æneidos verſ.* 103.

— — Liceat Phrygio ſervire marito,

Dotaleiſque tuæ Tyrios permittere dextræ.

ibique Servius Honoratus. De filiofamilias idem Lactantius tradit *lib.* 4. *Diviu. Inſt. c.* 3. & de pupillo Paulus in *epiſt. ad Galatas c.* 4. §. 1. *& ſeqq.* Hæc addenda credidi his quæ ad nuptiarum definitionem ſcripſere docti viri, ut rem obſcuram haud paulo clariorem facerem.

CAPUT X.

Multum in puniendo deſertore intereſſe, utrum cum neceſſitate, an ultro, ſit reverſus, aut per patrem oblatus. Arrius Menander correctus nove §. 13. l. 4. D. de re militari.

Placetne tibi ſcriptura iſta & ſententia Arrii Menandri §. 13. *l.* 4. *D. de re militari?*

Edicta Germanici Cæſaris militem deſertorem faciebant; qui diu afuiſſet, ut is inter remanſores haberetur: ſed ſive redeat quis & offerat ſe, ſive deprehenſus offeratur, pœnam deſertionis evitat: nec intereſt, cui ſe offerat, vel a quo deprehendatur.

Non puto, placere extremo verſu. patiar enim, deſertori gratiam fieri: dum ſe ipſe Præſidi, Tribuno, aut alii poteſtati, offerat; perve patrem offeratur: ſin is publice deprehenſus ſit, & cum neceſſitate reverſus; pœnæ gratiam fieri numquam patiar. & qui poſſim, ſodes, ſalva militari diſciplina? numquid futurum eſt, ſi deprehenſus evitat pœnam; nec, a quo deprehendatur, refert: facile ut deſerant legionum partes magnæ; pro deſertore autem nemo puniatur? porro cui rei erit, deſertioni imponi pœnam, adverſus deſertorem, ſive deprehenſus, ſive oblatus, ſit, non exercendam? Igitur, ne menda ſit eo in verſu, quam mœchus apud Plautum, manifeſtior, diluo & ſcribo.

Nec intereſt, cui ſe offerat, verum a quo deprehendatur.

Quam apte & probe! primum, Siglum hoc, V, (quod fuiſſe videri poteſt hoc in loco) utramque voculam, id eſt, & *vel* & *verum* aut *vero* indicat apud Valerium Probum, Magnonem, & Diaconum. deinde Macer, & ipſe e Menandro, meæ convenienter emendationi, in *l.* 13. §. *ult. D. eod. tit.* ſic ait. *Deſertorem, qui a patre ſuo fuerat oblatus, in deteriorem militiam Divus Pius dari juſſit, ne videatur, inquit, pater ad ſupplicium obtuliſſe. Item Divus Severus & Antoninus eum, qui poſt quinquennium deſertionis ſe obtulit, deportari juſſerunt, quod exemplum & in cæteris ſequi nos debere, Menander ſcripſit.* Hæc Macer. Verum ceſſo ego, ad probandam Menandri ſententiam Menandrum teſtem adhibere? plane is *l.* 5. *D. eod. tit.* *Non,* inquit, *omnes deſertores ſimiliter puniendi ſunt: ſed habetur & ordinis ſtipendiorum ratio, gradus militiæ, vel loci, muneris deſerti, & anteactæ vitæ: ſed & numerus, ſi ſolus, vel cum altero, vel cum pluribus deſeruit, aliudve quod crimen deſertioni adjunxerit. Item temporis, quo in deſertione fuerit, & eorum, quæ poſtea geſta fuerint. Sed & ſi fuerit ultro reverſus, non cum neceſſitudine, non erit ejuſdem ſortis.* Idem Menander §. 3. & 4. ejuſdem capitis. *Deſertor ſi in urbe inveniatur, capite puniri ſolet: alibi apprehenſus ex prima deſertione reſtitui poteſt; iterum deſerendo capite punitur. Qui in deſertione fuit, ſi ſe obtulerit, ex indulgentia Imperatoris noſtri in inſulam deportatus eſt.*

CAPUT XI.

Naturæ jus immutabile. Juſtinianus §. XI. Inſtit. de jure naturæ, gentium & civili ex Seneca illuſtratus.

Quod vere, ſed breviter, & ideo ſubobſcure, Imperator §. XI. *Inſt. de jure naturæ, gentium & civili,*

Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque obſervantur, divina quadam providentia conſtituta, ſemper firma atque immutabilia permanent.

id, age, ex Veterum ſententia paulo & plenius & clarius repræſentemus. Ea ſententia eſt, Deum eſſe; eum feciſſe jus naturæ: feciſſe enim mundum; feciſſe autem ſumma providentia: & ideo ſibi finem delegiſſe certum ob quem ſingula inſtitueret: præterea iveniſſe viam qua poſſet ad eum finem pervenire: abſque enim his eſſet; non tam ſapienter egiſſe, quam cœco impetu: at, ſi & finem invenit ſibi, & viam, perducentem ad finem: ad exequenda ea obligari immutabili ſive voluntate, ſive neceſſitate: nam dictu abſurdum fore, Deum & vidiſſe ſemel, & probaſſe, quod deinde aut non videret, aut non probaret. Quod ſi eſt; neque placet, a ſapiente fieri mutationem; niſi ut emendetur error qui ab initio irrepſit; vel ut tollatur quod poſtea inutile factum eſt; eaque in Deo non ferat ratio ſapientiæ qua uſus eſt in mun-

di

di diſpoſitione: jam apparere, jus naturæ, id eſt, aut finem, aut viam, quam ſibi optime & invenit & delegit Deus, mutari neque poſſe, neque debere. Id ſane volunt Annæi Senecæ *lib. 6. De beneficiis c. 23.* verba iſta, ſi examines.

Non externa cogunt Deos; ſed ſua illis in legem æterna voluntas eſt. Statuerunt, quæ non mutarent. Itaque non poſſunt videri facturi aliquid, quamvis nolint; quia quidquid deſinere non poſſunt, perſeverare voluerunt: nec unquam primi conſilii Deos pœnitet. Sine dubio ſtare illis, & deſciſcere in contrarium non licet; ſed ideo, quia vis ſua illos in propoſito tenet, nec imbecillitate permanent, ſed quia non licet ab optimis aberrare, & ſic ire decretum eſt.

Idem in præfatione *lib. 1. Naturalium quæſtionum.*

Tunc naturæ rerum gratias ago, cum illam non ab hac parte video, quæ publica eſt, ſed cum ſecretiora ejus intravi, cum diſco, quæ univerſi materia ſit, quis auctor aut cuſtos: quid ſit Deus: totus in ſe intendat, an ad nos aliquando reſpiciat: faciat quotidie aliquid, an ſemel fecerit: liceat illi hodieque decernere, & ex lege fatorum aliquid derogare, an majeſtatis diminutio ſit, & confeſſio erroris, mutanda feciſſe. Neceſſe eſt enim ei eadem placere, cui, niſi optima, placere non poſſunt. Nec ob hoc minus potens & liber eſt. Ipſe enim eſt neceſſitas ſua.

CAPUT XII.

Ulpianum l. 25. §. 1. D. de contrahenda emptione a Triboniano corruptum non eſſe, adverſus Jacobum Rævardum. Senſus ejus capitis & quorumdam aliorum.

Jacobus Rævardus, vir egregius & Jurisprudentiæ veterumque elegantiarum non incurioſus fuit. is libro 4. *Variorum, ſive de ambiguitatibus juris, cap.* 19. ſuſpicatus eſt, Ulpianum *l. 25. §. 1. D. de contrahenda emptione* ad hunc ſcripſiſſe modum.

Qui vendidit, neceſſe habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum ſtipulanti ſpopondit.

pro eo reſtituiſſe Tribonianum, *Qui vendidit, neceſſe non habet*, & reliqua. fuiſſe autem illi cauſam addendæ negationis; quod Titulo Codicis, *De nudo jure Quiritium tollendo*, ſublata eſt differentia rerum mancipi & nec mancipi; hodieque tantum valet nuda traditio, quantum olim in jure ceſſio, ſolemniſque mancipatio. cæterum quamvis ea mutatio quidem defendatur ſatis Imperatoris Juſtiniani auctoritate; eſſe tamen Triboniani hoc peccatum negligentia, quod unica contentus negatione, non ſcripſerit potius, *Qui fundum vendidit, neceſſe non habet fundum emptoris facere, ut nec cogitur, qui fundum ſtipulanti ſpopondit.* abrogato enim jure antiquo, parem eſſe rationem promiſſi venditique fundi; & ideo in neutro, ut accipientis fiat, magnopere deſiderari. Sic Rævardus.

Contra ego, ſi is faceret mihi gratiam conſentiendi pro partibus ſuis, ſtarem ab antiqua lectione: quam eſſe germanam Ulpiani ſcripturam cenſeo; Triboniani vero neque corruptam manu, neque culpa. Ei ſententiæ mihi fundamentum ex Paulo aliquod: qui ſimiliter *lib. 1. Sententiarum tit.* 13. §. 4. *Si id*, inquit, *quod emptum eſt, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi poteſt, ut tradat, aut mancipet.* Duo, ut vides, deſignat: primum, ad mancipandum, dein ad tradendum, obligari venditorem: ad utrumque autem neque indiſtincte, neque ſemper: ſed ut interſit, utrum mancipio res vendatur; an id actum ſit, ne mancipio detur; poſtremo, utrum emptor eam dari ſtipulatus ſit, an ſimpliciter contraxerit. Hæc Pauli ſententia, hæc diſtinctio: quam Ulpianus tangit *d. l.* 25. §. 1. quippe vult, ei qui fundum vendidit, id eſt, ſimpliciter vendidit, non eſſe neceſſe, fundum emptori cedere in jure, aut mancipare: ſed ſufficere, ſi eum vacuum tradat, & cauſam bonorum præſtet: aliter, ac ſi venditor fundum dari ſpopondit. nam tum non liberari traditione vacuæ poſſeſſionis; niſi in emptorem quoque transferat dominium ex jure Quiritium. Is verus ſenſus iſtius §. is ſenſus ne obſcurus ſit, accurabo: a poſteriore initium facturus parte. Primum certum eſt, quod Ulpianus ſcribit *l. 11. D. de actionibus empti & venditi. In hoc* (empti) *judicio id demum deduci, quod præſtari convenit: nam cum bonæ fidei ſit id judicium, nihil magis bonæ fidei congruere, quam id præſtari, quod inter contrahentes convenit.* Deinde dixi, oportere ei qui fundum ſibi dari ſtipulatur, dominium dari ex jure Quiritium; non alia ratione, quam quod qui fundum dare ſpondet, plerumque fundi mancipationem, vel ceſſionem, ſpondet: id utique agit, ut dominium omnimodo fiat accipientis quoquo modo. Ulpianum audi *l. 75. §. ult. D. de verborum obligationibus. Hæc ſtipulatio, fundum Tuſculanum dari, oſtendit ſe certi eſſe, continetque, ut dominium omnimodo efficiatur ſtipulatoris quoquo modo.* Quid hic *omnimodo?* item *quoquo modo?* ut fundus in bonis ſtipulatoris ſit ex jure gentium? minime: id enim vel iſta concedit formula, *vacuam poſſeſſionem tradi.* amplior & efficacior illa, *fundum dari:* traditio enim vacuæ poſſeſſionis factum, licet non nudum, tamen factum,

tamen tantum cauſam bonorum, habet *l.* 52. §. 1. *D. eod. tit.* datio autem etiam jus complectitur, & dominii Quiritarii effectum indicat. vult igitur, ut dominium omnimodo efficiatur ſtipulatoris. at id nuda traditione vacuæ poſſeſſionis nec omnimodo tranſit, nec quoquo modo: imo poſt eam manet apud promiſſorem, donec mancipetur ex jure Quiritium, vel in jure cedatur, vel uſucapiatur legitimo tempore. Ne longe te differam, Ulpianus huc ſpectat in *Fragment. tit.* 19. §. 16. ſic ſcribens. *Qui tantum in bonis, non etiam ex jure Quiritium ſervum habet, manumittendo Latinum facit. In bonis tantum alicujus ſervus eſt, velut hoc modo. Si civis Romanus a cive Romano ſervum emerit, iſque traditus ei ſit, neque tamen mancipatus ei, neque in jure ceſſus, neque ab ipſo anno poſſeſſus ſit. Nam quamdiu horum quid fiat, is ſervus in bonis quidem eſt; ex jure Quiritium autem venditoris eſt.* Dixi vim emptionis venditionis: in qua, ut fundus detur, expreſſe pactum conventum eſt. quid, ſi nihil convenit? ait Ulpianus *l.* 11. §. 1. *&* 2. *D. de actionibus empti & venditi, Tunc ea præſtari, quæ naturaliter inſunt hujus judicii poteſtate. Et in primis ipſam rem præſtare venditorem oportere; id eſt, tradere: quam rem, ſiquidem dominus fuit venditor, facere & emptorem dominum; ſi non fuit; tantum evictionis nomine venditorem obligare.* Hic locus noſtram firmat ſententiam: primum vult conſiderari id quod actum eſt, pariter ut nos ex *d. l.* 25. §. 1. deinde vult, venditorem, ſi nihil dictum ſit, non obligari ultra, quam ad traditionem: tum addit effectum ejus rei, cauſam bonorum tribuere accipienti, ſive, quod idem, dominium. Nec repugno: nam ut mancipatione, ut ceſſione, ſic traditione, adquiri ſingularum rerum dominium, Ulpianus in *Fragmentis* refert *tit.* 19. ſed diſpari effectu: adquiritur enim res mancipatione, & ceſſione, ex jure Quiritium omnimodo & quoquo modo: traditione ſaltem hactenus, ut in bonis accipientis jure gentium ſit, nec recedat a domino. Itaque accipiendus Ulpianus in *d. l.* 11. §. 2. etiam in *d. l.* 25. §. 1. Vis, & Paulum addam? addam ſane, ut liberem Tribonianum, non tantum culpa, ſed & culpæ ſuſpicione. Verba Pauli in *l.* 1. *D. de rerum permutatione. Emptor, niſi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito: venditori ſufficit ob evictionem ſe obligare, poſſeſſionem tradere, & purgari dolo malo: itaque, ſi evicta res non ſit, nihil debet: in permutatione vero, ſi utrumque pretium eſt, utriuſque rem fieri oportet; ſi merx, neutrius.* Igitur & in permutatione & in emptione, niſi dictum ſit, ut mancipetur, vel cedatur fundus, id eſt, ut detur, & accipientis fiat, non requiritur. Quid, ſi ſtipulatus emptor ſit, *habere licere?* forſan dubitari poſſit, quid præſtandum ſit: quia hæc formula & dominium juris Quiritium, & bonitarium, ſeu juris gentium, complectitur: ut Paulus indicat libro 33. ad Edictum, quo eum de empti venditique actionibus egiſſe, conſtat ex *l.* 1. *l.* 34. *D. de contrahenda emptione. l.* 21. *D. de actionibus empti & venditi.* Verba Pauli ex eo libro in *l.* 188. *D. de verborum ſignificatione* hæc ſunt. *Habere duobus modis dicitur, altero jure dominii, altero obtinere ſine interpellatione, quod quis emerit.* Placuit tamen, venditorem, niſi aliter convenit, etiam hoc caſu non ad dandum, ſed ad tradendum, obligari. Et hoc clare Africanus *l.* 30. §. 1. *D. de actionibus empti & venditi*, ſic ſcribens. *Quamvis alioquin verum ſit, venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam, ut ejus faciat.* Illud quoque addam, Senecam *tradere* abuſive dixiſſe pro dare, vel tradere nexu: ut Cicero in *Topicis* loquitur. Verba Senecæ *De beneficiis lib.* 3. *c.* 20. *Corpus eſt, quod domino fortuna tradidit. Hoc emit, hoc vendit: interior illa pars mancipio dari non poteſt.* Item ad *Lucilium epiſt.* 117. *Ager jure poſſidetur: ſapientia natura. ille abalienari poteſt, & alteri tradi: hæc non diſcedit a domino.*

FINIS LIBRI II.

PROBABILIUM JURIS CIVILIS.

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

PROBABILIUM JURIS CIVILIS LIBER TERTIUS.

Caput I.

Quæ ſit conſtans & perpetua voluntas, *& quo ſpectet in juſtitiæ definitione apud Ulpianum l. 10. D. de juſtitia & jure. Stoicorum cum cæteris indicata pugna, & ſublata.*

Quæ eſt juſtitiæ definitio apud Ulpianum in *l.* 10. *D. de juſtitia & jure*, eam definitionem multi ſerio, pauci benè, explicant. ea gratia paſſus ſum me induci, ut ornandam in præſentiarum hanc provinciam deſumerem. ſed quia in ea vetus atque antiqua lis eſt: viſus ſum recte atque ordine facturus; ſi ex Veteribus aliquos in conſilium adhiberem; nec aliter, quam de conſilii ſententia, decernerem. prorſus ſic agam, ſi primum Ulpiani verba adjecero: ea verba ſunt. *Juſtitia eſt conſtans & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi.* Cum ait, *conſtans & perpetua voluntas*; indicat, opinor, habitum: quem Cicero *lib.* 1. *De inventione* interpretatur, *Animi aut corporis conſtantem & abſolutam aliqua in re perfectionem, ut virtutis, aut artis perceptionem alicujus, aut quamvis ſcientiam, & item corporis aliquam commoditatem, non natura datam, ſed ſtudio & induſtria comparatam.* Juſtitia igitur Ulpiano eſt, conſtans & abſoluta perfectio, ſive habitus, ſed voluntatis, ſive animi. hoc vero eo pertinet, ut juſtitia non qua actione, quamvis juſta, ſed voluntate juſte agendi, eaque perpetua & conſtante, cenſeatur. nam ſi ſpes, aut metus, aut ambitio, hominem malum atque iniquum invitet ad æqui bonique obſervantiam; non is idcirco boni viri perſonam nomenque accipiet: & contra, ſi quis humanus error aut impetus eo quo nolit, auferat virum bonum; nec is ideo talis eſſe deſinet atque injuſtus fiet. neuter enim quod fecit, voluit; ſed ad id quod noluit, alter ſpe, aut metu, aut ambitione, alter errore, aut neceſſitate, abreptus fuit. Ita refert (quod Ariſtoteles ſcribit *lib.* 5. *De moribus cap.* x.) inter actionem juſtam & quæ juſte fit, item inter actionem injuſtam & quæ injuſte fit: altera fortunæ, altera conſtantis animi, eſt: altera injuſto, altera juſto, homini convenit. Ad prius ſpectat Seneca, *Epiſt.* 94. Verba Senecæ. *Omnia iſta mihi locus de juſtitia tradidit. illic invenio æquitatem per ſe expetendam, nec metu nos ad illam cogi, nec mercede conduci; non eſſe juſtum, cui quidquam in hac virtute placet, præter ipſam.* Et Ariſtoteles *lib.* 2. *De moribus cap.* 3. *Quæ*, inquiens, *ex virtutibus aguntur, non ſi ea cujuſdam modi ſint, juſte aut temperanter aguntur: ſed ſi is quoque qui agit, quodammodo conformatus agat: ac primum quidem ſi ſciens: deinde ſi conſilio capto, & conſilio propter ea ipſa capto: poſtremo, ſi firma, perpetua, & conſtante voluntate agat.* Ad poſterius, neſcio, an alludat illa Phædræ excuſatio, apud Senecam Tragicum *in Hippolyto.*

— — — *Quæ memoras, ſcio*
Vera eſſe, nutrix; ſed furor cogit ſequi
Pejora. Vadit animus in præceps ſciens,
Remeatque, fruſtra ſana conſilia appetens.
Sic cum gravatam navita adverſa ratem
Propellit unda, cedit in vanum labor,
Et victa prono puppis aufertur vado.
Quod ratio poſcit, vincit, ac regnat furor.

Stoici aliter: quippe ipſis, ut Cicero teſtis eſt *in Paradoxis*, *Una virtus eſt conſentiens cum ratione, & perpetua conſtantia. nihil huic addi poteſt, quo magis virtus ſit, nihil demi, ut virtutis nomen relinquatur.* Idem Seneca indicat *epiſt.* 130. ſed plenius. Verba Senecæ. *Idem erat ſemper & in omni actu par ſibi: jam non conſilio bonus, ſed more eo perductus, ut non tantum recte facere poſſet, ſed, niſi recte, facere non poſſet. Intelleximus in illo perfectam eſſe virtutem. Hanc in partes diviſimus. Oportebat cupiditates refrænari, metus comprimi, facienda provideri, reddenda diſtribui. Comprehendimus temperantiam, fortitudinem, prudentiam, juſtitiam, & ſuum cuique dedimus officium. Ex quo ergo virtutem intelleximus? Oſtendit illam nobis ordo ejus, & decor, & conſtantia, & omnium inter ſe actionum concordia, & magnitudo ſuper omnia efferens ſe.* Quid igitur? Stoici omnem vir-

Digitized by Google

virtutem parem faciunt: ſed & omnem (ut Cicero inquit *lib.* 4. *De finibus*) putant inſipientiam, injuſtitiam, alia vitia ſimilia eſſe, omniaque peccata eſſe paria, eoſque qui natura doctrinaque longe ad virtutem proceſſiſſent, niſi eam plene conſecuti eſſent, ſumme eſſe miſeros, neque inter eorum vitam, & improbiſſimorum quidquam omnino intereſſe; ut Plato, tantus ille vir, ſi ſapiens non fuerit, nihilo melius, nec beatus vixerit. Slc Stoici. Qua ratione? ea, quam reddit Cicero *in Paradoxis*, *Quidquid*, inquiens, *peccatur, perturbatione peccatur rationis atque ordinis; perturbata autem ratione ſemel & ordine, nihil poſſit addi, quo magis peccari poſſe videatur.* Sed hoc rectius fortaſſe oſtendam ſimilitudine quam idem Cicero adſert eodem loco, verbis iſtis. *Eſt peccare tanquam tranſire lineas: quod cum feceris, culpa commiſſa eſt: quam longe progrediare, cum ſemel tranſieris, ad augendam tranſeundi culpam nihil pertinet.* Tamen ea Stoicorum ſententia, etſi verbis ab Ulpiano plurimum recedat; in eamdem cum illo viam redit: ſi pœnam, ſi rempublicam, ſi humanitatem, ſpectes. hoc certe idem Cicero paulo poſt *in Paradouis d. loc. & d. lib.* 4. *De finibus* memorat: ſed poſteriorem locum adſcripſiſſe ſuffecerit. is locus ſic habet. *Hæc cum magnifice primo dici viderentur, conſiderata minus probantur. Senſus enim cujuſque, & natura rerum, atque ipſa veritas clamabat quodammodo, non poſſe adduci, ut inter eas res, quas Zeno exæquaret, nihil intereſſet. Homo igitur acutus cauſam non obtinens, repugnante natura, verba verſare cœpit, negatque, Platonem, ſi ſapiens non ſit, eadem eſſe in cauſa, qua tyrannum Dionyſium: huic mori optimum eſſe propter deſperationem, illi propter ſpem vivere. Peccata autem partim eſſe tolerabilia, partim nullo modo, propterea quod alia peccata plures, alia pauciores quaſi numeros officii præterirent. Jam inſipientes alios ita eſſe, ut nullo modo ad ſapientiam poſſent pervenire, alios, qui poſſent, ſi id geſſiſſent, ſapientiam conſequi. Hic loquebatur aliter atque omnes, ſentiebat idem, quod cæteri.*

CAPUT II.

Quemadmodum jus ſuum cuique tribuendum ſit. Ulpianus & Tryphoninus expoſiti d. l. 10. D. de juſtitia & jure. l. 31. D. Depoſiti. l. 4. §. 1. D. Familiæ erciſcundæ. l. 12. §. 11. D. Mandati vel contra.

Dixi, quæ ſit Ulpiano conſtans & perpetua voluntas. Dicam, quid ei ſit, jus ſuum cuique tribuere. id enim utrum ſimpliciter, an diſtincte, & quemadmodum, cuique tribuendum ſit, ſatis expeditum non eſt; ubi juſtitiam generaliter vocat, *conſtantem & perpetuam voluntatem jus ſuum cuique tribuendi.* Putem tamen, petenti ſuum non ſimpliciter, neque ſemper, tribuendum eſſe. quid enim ſi ipſi, quid ſi publicæ utilitati, nociturum ſit? num æquum bonum erit, quod petentis eſſe hominum inſcientia opinatur, id ei ut imprudentius permittatur? Sed probo, ut ſuum cuique tribuatur, tam ſuum humanæ conjunctionis ſocietati, quam privato, quod ejus dicitur, dandum eſſe, magiſque in hoc concurſu id agendum videri, ut ſua conſtet innocentiæ, ut veritati, tum communi utilitati, ratio; quam ejus qui ſtulte ſuum petit, libidini nimiæ, atque inſano affectui, ſerviatur. Hoc apud Veteres quam egregie Seneca *lib.* 4. *De beneficiis c.* x. *Depoſitum*, inquiens, *reddere, per ſe expetenda res eſt: non tamen ſemper reddam, nec quolibet loco, nec quolibet tempore. Aliquando nihil intereſt, utrum inficier, an palam reddam. Intuebor utilitatem ejus, cui redditurus ſum, & nociturum illi depoſitum negabo.* Sic Seneca. Quid Cicero? infit *lib.* 3. *De officiis. Promiſſa non facienda nonnunquam, neque ſemper depoſita reddenda ſunt. Si gladium quis apud te ſanæ mentis depoſuerit, repetat inſaniens, reddere peccatum ſit, non reddere officium. Quid ſi is, qui apud te pecuniam depoſuerit, bellum inferat patriæ, reddeſne depoſitum? Non credo: facies enim contra rempublicam, quæ debet eſſe cariſſima. Sic multa, quæ honeſta videntur eſſe, temporibus ſunt non honeſta: facere promiſſa, ſtare conventis, reddere depoſita, commutata utilitate fiunt non honeſta.* Locus elegans, ſed cui par qui proxime ſequitur ex ejuſdem *lib.* 1. *De officiis. Incidunt ſæpe tempora, cum ea, quæ maxime videntur digna eſſe juſto homine, eoque, quem virum bonum dicimus, commutantur, fiuntque contraria, ut non reddere depoſitum,* [*etiam ne furioſo?*] *promiſſum facere, quæque pertinent ad veritatem & ad fidem, ea migrare interdum, & non ſervare ſit juſtum. Referri enim decet ad ea, quæ propoſui in principio, fundamenta juſtitiæ, primum, ut ne cui noceatur, deinde, ut communi utilitati ſerviatur. Ea cum tempore commutantur, commutatur officium, & non ſemper eſt idem. Poteſt etiam accidere promiſſum aliquod & conventum, ut id effici ſit inutile vel ei, cui promiſſum ſit, vel ei, qui promiſerit. Nam ſi, ut in fabulis eſt, Neptunus, quod Theſeo promiſerat, non feciſſet, Theſeus filio Hippolyto non eſſet orbatus. Ex tribus enim optatis, ut ſcribitur, hoc erat tertium, quod de Hippolyti interitu iratus optavit: quo impetrato, in maximos luctus incidit. Nec promiſſa igitur ſervanda ſunt ea; quæ ſint iis, quibus promiſeris, inutilia: nec ſi plus tibi noceant, quam illi proſint, cui promiſeris. Contra officium eſt, majus non anteponi minori; ut ſi conſtitueris te cuipiam ad-*

advocatum in rem præſentem eſſe venturum, atque interim graviter ægrotare filius cœperit, non ſit contra officium, non facere, quod dixeris: magiſquè ille, cui promiſſum ſit, ab officio diſcedat, ſi ſe deſtitutum queratur. Jam illis promiſſis non ſtandum eſſe quiſque non videt, quæ coactus quis metu, aut deceptus dolo promiſerit, quæ quidem pleræque jure prætorio liberantur, nonnulla legibus. Hactenus Cicero: manifeſte oſtendens, nihil eſſe æque conveniens officio boni & juſti viri, quam jus ſuum cuique tribuere: non tamen ſemper, neque indiſtincte, ſed cum exigentis utilitas, aut alioquin ratio humanæ ſocietatis, poſtulat: eamque exceptionem idem Cicero ad juſtitiæ definitionem commode adjecit *lib.* 2. *De inventione, & lib.* 5. *De finibus.* Verba Ciceronis ex libro ſecundo hæc ſunt. *Juſtitia eſt habitus animi, communi utilitate ſervata, ſuam cuique tribuens dignitatem.* Ex libro autem quinto iſta. *Juſtitia eſt animi affectio, ſuum cuique tribuens, & hanc ſocietatem conjunctionis humanæ munifice & æque tuens.* Et congruenter Ciceroni Tryphoninus in *l.* 31. *D. Depoſiti. Bona* (inquit) *fides, quæ iu contractibus exigitur, æquitatem ſummam deſiderat. ſed eam utrum æſtimamus ad merum jus gentium, an vero cum præceptis civilibus & prætoriis, veluti reus capitalis judicii depoſuit apud te centum, is deportatus eſt, bona ejus publicata ſunt, utrumne ipſi hæc reddenda, an in publicum deferenda ſint? Si tantum naturale jus & gentium intuemur, ei qui dedit, reſtituenda ſunt. Si civile jus & legum ordinem, magis in publicum deferenda ſunt: nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia ſit, etiam egeſtate laborare debet.* & reliqua. Plane, ut Tryphoninum, ſic Ulpianum, juſtitiam quoque ad præcepta civilia, non utique ad merum jus gentium, exegiſſe, ex Fragmento ejus quodam accepi quod eſt in *l.* 4. §. 1. *D. Familiæ erciſcundæ.* Ait ibi, mala medicamenta & venena quidem in judicium familiæ erciſcundæ venire; ſed judicem ſe in his non debere interponere hactenus, ut inter coheredes exemplo cæterarum rerum dividantur; verum ut corrumpantur. Id an juſte? eſt enim ſuum cuique tribuendum. Sed pulchre reſpondet, boni & innocentis viri officio eum fungi oportere: nec igitur peccandi cauſam malis moribus præſtare. Addit, tantumdem debere facere in libris improbatæ lectionis, magicis forte, vel his ſimilibus: nam hos protinus corrumpendos eſſe. Id vero quid aliud eſt, quam, quod dictum ſupra, juſtitiam ſuum cuique non ſimpliciter, neque ſemper, tribuere; ſed ita, ut non diſtrahatur ab ulla humanitatis, dicam, an ſocietatis utilitatisve publicæ, juſtiore contemplatione? Macrobius in *Somnium Scipionis lib.* 1. *c.* 8. hoc ita expreſſit. *Juſtitiæ eſt ſervare unicuique, quod ſuum eſt. De juſtitia veniunt innocentia, amicitia, concordia, pietas, religio, affectus, humanitas. His virtutibus vir bonus primum ſui, atque inde reipublicæ rector efficitur, juſte ac provide gubernaus humana, divina non deſerens.* Sed & illud huc ſpectat, quod pie & ſapienter Ulpianus *l.* 12. §. 11. *D. Mandati* ait. *Si adoleſcens luxurioſus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, idque tu ſcieus mandatum ſuſceperis, nou habebis mandati actionem: quia ſimile eſt, quaſi perdituro pecuniam ſciens credideris. Sed & ſi ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quaſi adverſus bonam fidem mandatum ſit.* Forte expectabis, ut ejus loci elegantiam æquitatemque exponam. Sed quid, ſi interpretem tibi allegem Senecam? videtur enim omnino alluſiſſe Ulpianus ad librum ejus ſecundum *De beneficiis c.* 14. cujus hæc verba ſunt. *Sunt quædam nocitura impetrantibus, quæ non dare, ſed negare beneficium eſt. Æſtimabimus itaque utilitatem potius, quam voluntatem petentium. Sæpe enim noxia concupiſcimus, nec diſpicere, quam pernicioſa ſint, licet; quia judicium interpellat affectus: ſed cum ſubſedit cupiditas, cum impetus ille flagrantis animi, qui conſilium fugat, cecidit, deteſtamur pernicioſos malorum munerum auctores. ut frigidam ægris negamus, & lugentibus ac ſibi iratis ferrum, aut amantibus, quidquid contra ſe uſurus ardor petit; ſic ea, quæ nocitura ſunt, impenſe ac ſubmiſſe, nonnunquam etiam miſerabiliter rogantibus perſeverabimus non dare. Tum initia beneficiorum ſuorum ſpectare, tum etiam exitus decet, & ea dare, quæ non tantum accipere, ſed etiam accepiſſe delectet. Multi ſunt, qui dicant: ſcio hoc illi non profuturum. ſed quid faciam? rogat; reſiſtere precibus ejus non poſſum. viderit: de ſe, nou de me queretur. Falſum eſt; imo de te, & merito quidem: cum ad mentem bonam redierit, cum acceſſio illa, quæ animum iuflammabat, ſe remiſerit. Quid ni eum oderit, a quo in damnum ac periculum ſuum adjutus eſt? Exorari in perniciem rogantium ſæva bonitas eſt. Quemadmodum pulcherrimum opus eſt, etiam invitos nolenteſque ſervare, ita rogantibus peſtifera largiri blandum & affabile odium eſt. Beneficium demus, quod uſu magis ac magis placeat, quod nunquam iu malum vertat; pecuniam nou dabo, quam numeraturum adulteræ ſciam, ne in ſocietate turpis facti aut conſilii inveniar. Si potero, revocabo: ſin minus, non adjuvabo ſcelus. Sive illum ira, quo nou debebat, impellit, ſive ambitionis calor abducit a tutis, non committam, ut poſſit quandoque dicere, ille amando me occidit. Sæpe nihil intereſt inter amicorum munera & hoſtium vota. Quidquid illi accidere optant, in id horum intempeſtiva indulgentia impellit, atque inſtruit. Quid autem turpius, quam quod evenit ſæpe, ut nihil interſit inter odium & beneficium?*

CAPUT III.

Marcianus emendatus l. 5. D. de interdictis & relegatis & deportatis.

Vulgo Marcianus *l. 5. D. de interdictis & relegatis & deportatis* ita legitur.

> *Exilium triplex eſt, aut certorum locorum interdictio, aut lata fuga, ut omnium locorum [interdicatur] præter certum [locum,] aut (in) inſulæ vinculum, id eſt, relegatio in inſulam.*

Haloander edidit. *Aut lata fuga, ut omnium locorum præter certum locum.* & reliqua. Ruſſardus ad oram editionis ſuæ adjecit. *Ut lata fuga aut omnium.* Cujacius vero ad Paulum *lib. 5. Sentent. tit.* 14. hoc emendavit modo. *Aut certi loci interdictio, id eſt, lata fuga, aut omnium locorum interdictio præter certum locum.* Sed aut aberrat animus meus, aut in his tantum duas ſpecies invenit; alteram certorum, alteram omnium, locorum interdictionem, præter certum. Qui igitur triplex exilium; cum duplex adferatur? ego vereor, ne per luxationem corruptionemve particularum *ut* & *aut* pro verbo *duplex* proximum *triplex* ſit ſuppoſitum: ſcriptura, ſi ad Sigla reſpicias, parum diverſa & prope eadem: ſiquidem illud *duplex* ſic *dp.* iſtud autem *triplex* ita *tp.* notari ſolitum fuit: ut me docuit Petrus Diaconus in ſequentibus literis, CCCDP. quas, *trecentum duplex*, interpretatur: literarum autem *d* & *t*, ſi paulum flectas transverſam obliquamve lineam, quam levis & parva, ſi ſpectes uſum, quam frequens ac pene quotidiana, mutatio eſt? poſſem ego hanc pluribus oſtendere; ſed, quia olim tradita a Radulpho Fornerio *lib.* 1. *Rerum quotidianarum c.* x. non lubet actum agere, nec vacat. Quintilianum tamen adſcribam: quem non allegat Fornerius. Verba Quintiliani ex *lib.* 1. *Inſt. orat. c.* 4. *p.* 33. *Quid T literæ cum D quædam cognatio? Quare minus mirum, ſi in vetuſtis operibus urbis noſtræ & celebribus templis legantur Alexanter & Caſſantra.* Igitur reſtituo & lego.

> *Exilium duplex eſt, aut certorum locorum interdictio, ut lata fuga, aut omnium locorum præter certum locum, ut inſulæ vinculum, id eſt, relegatio in inſulam.*

Senſus, Formas exilii, ſive relegationis, ſive (ut Ulpianus eam vocat *l. 4. D. Si quis cautionibus in judicio ſiſtendi cauſa factis non obtemperaverit*) exilii ſalva civitate: nam de iſto tantum exilio loquitur Marcianus hoc quidem in loco; non etiam de exilio quod civitatem tollit, ut interdictione aquæ & ignis, aut deportatione: ne putes. ſenſus, inquam, Marciani eſt, formas exilii ſeu relegationis duas eſſe: unam certorum locorum interdictionem, ut ſi lata fuga permittatur: alteram omnium locorum, præter certum, interdictionem, in qua eſt inſulæ vinculum: ſive in inſulam relegatio. Is ſenſus eſt; ſed Ulpiani verbis confirmandus quæ ſunt *l. 7. D. eod. tit.* Verba Ulpiani.

> *Relegatorum duo genera ſunt, quidam, qui in inſulam relegantur, ſunt qui ſimpliciter, ut provinciis eis interdicatur, non etiam inſula adſignetur.*

Poteſtne magis lacti lac, aut ovo ovum, quam Marciano, ſed emendato, Ulpianus reſpondere? hoc vult, relegato aut quibuſdam locis interdici, aut omnibus, præter certum: id eſt, eum aut aditu quorumdam locorum prohiberi, aut exitu; duaſque has exilii ſummas adjectis exemplis definit: quod noſtris familiare fuiſſe, nil opus eſt, ut probem. Formæ igitur exilii ſeu relegationis non tres, ſed duæ, ſunt: partes atque exempla utriuſque formæ multa habentur: denique eſt omnium locorum, præter certum, interdictio; ſive quis in inſulam relegetur, ut *d. l.* 7. ſive ita, ne patriam, neve civitatem certam, aut regionem, neve domum ſuam, excedat: quæ exempla ſunt *l. 7. §. 8. & 9. & 19. eod. tit.* apud Suetonium quoque in *Tiberio c.* 50. Verba Suetonii. *Juliæ uxori tantum abfuit, ut relegatæ, quod minimum eſt, officii aut humanitatis aliquid impertiret, ut ex conſtitutione patris uno oppido clauſam, domo quoque egredi, & commercio hominum frui vetuerit.* Contra, ſi cui Roma & continentibus ejus, ſi cui provincia, ſi cui inſulis, ſi patriæ territorio, aut muris, aut aliqua civitate, interdicatur; (uti in *d. l. 7. §. 16. & l. 14. eod. tit.*) certorum locorum interdictio, id eſt, lata fuga eſt: quam Vulcatius Gallicanus in *Avidio Caſſio c.* 9. vocat *liberam evagandi, ubi vult* exul, *poteſtatem:* Capitolinus in *Antonino Philoſopho c.* 26. appellat *exilium liberum*, & *liberam vagandi poteſtatem.* Quod ideo monendum fuit: ne quis liberum exilium a libera vagandi poteſtate ſeparaet, cum Budæo in *Notis reliquis ad l. 16. §. eventus D. de pœnis:* atque ea gratia Marcianum in medio membro corruptum mutilatumve eſſe, imprudenter ſuſpicaretur. haud enim vidit Budæus, (quod frequens illis auctoribus, & a Salmaſio, in Notis ad hunc Capitolini locum, obſervatum eſt) eum diverſorum auctorum verba, ut ea forte repererat, ſine delectu congeſſiſſe, & eamdem rem iterum aliis verbis enarraſſe. Sed hoc ultro ſe oſtendit, ſi ad Vulcatium Gallicanum *d. loc.* tum ad Orationem ipſam Antonini Philoſophi quæ huc apud Gallicanum ſpectat, diligentius examinetur. Igitur apparet, *latam fugam* Marciano eſſe, liberam fugam, ſeu liberum exilium, liberam vagandi poteſtatem, ubi velit relegatus; dum modo abſtineat a loco illo, a quo arcetur interdictione. itaque accipienda quoque apud Ammia-

num

Digitized by Google

rum Marcellinum *lib.* XIX. *cap.* XII. quamquam aliter eum interpretatur vir eruditiſſimus, Henricus Valeſius. Verba Ammiani ſunt. *Ductus eſt itaque inter primos Simplicius Philippi filius, ex Præfecto & Conſule, reus hac gratia poſtulatus, quod ſuper adipiſcendo interrogaſſe dicebatur imperio: perque elogium Principis torqueri præceptus, qui in his caſibus nec peccatum aliquando pietati dederat, nec erratum, fato quodam arcente, corpore immaculato lata fuga damnatus eſt.* Atque hæc eſt ſimpliciſſima & veriſſima Marciani ſententia; cum præſertim *fuga* pro exilio ſalva civitate, id eſt, de relegatione optime dicatur: ut apud Ovidium *lib. 2. Triſtium*, quum de relegatione ſua ita loquitur.

Nec mea decreto damnaſti facta Senatus,
Nec mea ſelecto judice juſſa fuga eſt.

Quod obſervari velim; ſimul exilium, quod iterum moneo, a Marciano in *d. l. 5.* non accipi pro interdictione aquæ & ignis ſeu deportatione; (etſi ſciam, alias eo ſenſu accipi in *l. 2. D. de publicis judiciis*, & apud Ovidium *lib. 5. Triſtium eleg.* XI.) ſed pro nuda interdictione aut certorum locorum, aut omnium præter certum locum; ut ipſa ſonant Marciani verba: id eſt, pro relegatione ſeu exilio ſalva civitate: quo ſenſu ſumitur apud Ulpianum *d. l. 4. D. Si quis cautionibus in judicio ſiſtendi cauſa factis non obtemperaverit*, apud Capitolinum *d. loc.* & in illo Ovidii *lib. 1. Triſtium eleg.* 1.

Vade, ſed incultus, qualem decet exulis eſſe.
Infelix habitum temporis hujus habe.

Quod ſi eſt; ſane dubito, an Marciani mentem infelicietr ſectetur vir ampliſſimus, Ulricus Huberus, Friſiorum Curiæ Exſenator, *part. 2. Digreſſionum lib. 1. c. 24.* quum illam quærit via plane diverſa, eaque vult oſtendere, in lectione Florentina nihil fuiſſe a me mutandum; ſed ita ὡς κεῖται, ſenſum Marciani eſſe rectum & juridicum; præterea, quod Ulpianus in *d. l. 7. in pr.* ſcribit, *Relegatorum duo genera eſſe*, nihil commune habere cum Marciani diviſione exilii: cujus ſignificationem clariſſimus ille vir putat latiorem eſſe: neque adeo inde, quod quidem mihi viſum eſt, pro *triplex* eſſe legendum *duplex*. Quamquam miror, eumdem virum ampliſſimum qui negat, mihi cauſam eſſe mutandæ Florentinæ lectionis, in aſſerenda ea ſibi non conſtare; ſed ſcribere in fine d. capitis 24. Si quis tamen ſuſpectam in Mareiani loco habeat Triboniani manum; ei ſe non magnopere eſſe reluctaturum. nam ſic videtur, mea quidem ſententia, aliis verbis dicere, Marciani ſcripturam, quia corrupta eſt, jure a me aut emendatam, aut certe tentatam, eſſe; ab ipſo autem eam ſcripturam, quam fatetur vitiatam, neque ſerio, neque jure, defendi. quin vereor quoque, ut vir ille clariſſimus habeat cauſam vel probabilem, cur magis Triboniano imputet ſcripturæ vitium, quam imprudentiæ Librarii, aut ejus aut alterius: maxime cum nulla fuerit Triboniano ratio mutandæ lectionis: ubi Jus Juſtinianeum ab eo quod obtinuit Marciani tempore, non diſcreparet.

CAPUT IV.

Creditor an & quando rei debitæ fur aut prædo ſit? l. 9. C. de adquirenda poſſeſſione emaculata, & Virgilii elegans locus adductus.

Titius debitam ſibi rem propria auctoritate abſtulit; an furtum fecit? Et puto, ſi lucro ſtuduit, furtum feciſſe: ſin, ut jus ſuum tueretur, affectavit, etſi improbe egit, tamen, quia animus lucrandi abfuit, non commiſiſſe furtum. Ne multis opus ſit, id exemplo clarum reddam. Titius caprum emit; eumque emptum ſubripuit: intereſt, utrum ſoluto pretio ſubripuerit, an non ſoluto. nempe, quia res vendita, quamdiu pretium non eſt ſolutum, pro pignore apud venditorem remanet *l. 13. §. 8. D. de actionibus empti & venditi*; poſt ſolutum pretium non ſic remanet. altero igitur caſu laboraſſe videtur Titius, ut venditorem aut pretio ſuo fraudaret, aut pignore, ex eaque injuria lucrum faceret: altero caſu magis fecit, ut haberet poſſeſſionem quam ei actione ex empto dari oportebat: quo in genere lucrandi fraudandique animus ceſſat; nec furtum cum ratione appellari poteſt: ut bene Ulpianus tradidit *l. 14. §. 1. D. de furtis*: & Virgilius in ſimili ſenſit in *Bucolicis*, *Eclog.* 3. ubi Damœtas furti ſuſpicionem cujus a Menalca inſimulabatur, a ſe victoriæ ferme titulo amolitur. Locus Virgilii talis eſt.

ME. *Non ego te vidi Damonis, peſſime, caprum*
Excipere inſidiis, multum latrante Lyciſca?
Et cum clamarem, quo nunc ſe proripit ille?
Tityre, coge pecus: tu poſt carecta latebas.
DA. *An mihi cantando victus non redderet ille,*
Quem mea carminibus meruiſſet fiſtula caprum?
Si neſcis, meus ille caper fuit, & mihi Damon
Ipſe fatebatur; ſed reddere poſſe negabat.

Furtum igitur capri nec Damœtas apud Virgilium, nec emptor apud Ulpianum, fecit; poſtquam pretium ſolvit: caprum tamen uterque præter voluntatem domini inciviliter occupavit; & ideo prædo non male appellabitur. Hoc Paulus docet *l. 5. D. de adquirenda vel amittenda poſſeſſione.* Addo Imperatores, Diocletianum & Maximianum, *l. 9. C. eod. tit.*

ut ſanem eorum verba quibus, neſcio, quid eſt mali imprudente objectum manu. Verba Imperatorum fere ita eduntur.

Nec ex vera venditione poſſeſſionem, quam non fuerat emptor adeptus, improbe retinere poteſt: ac multo minus is, qui adſeveratione falſa velut emptor, cum ſine obligatione pignoris pecuniam mutuo dediſſet, fundum irrumpens alienum, retinendi juſtam cauſam habet.

Sic vulgo. Alias ita legi Accurſius in Gloſſa auctor eſt lit. E.

Nec ex vera venditione. poſſeſſionem, quam non fuerat emptor adeptus, probe retinere poteſt. & reliqua.

Sed & hoc male & illud. quamquam, ſi poſterius placet, nihil ſollicito, præter comma quod verbo *adeptus* ſubjicitur. transfer, & pone poſt verbum ſequens, *probe:* ut ſit. *Nec ex vera venditione poſſeſſionem, quam non fuerat emptor adeptus probe, retinere poteſt.* Sin magis prior ſcriptura arridet; interpungo itidem: ſed hoc plus cenſeo, pro voce iſta, *non*, legendum *modo:* id eſt, *tamen*, detracta tantum, non dicam literula una, ſed lineola: ſolet enim, ut Petrus Faber meminit *lib.* 1. *Semeſtrium c.* 14. altera vox ita ſcribi *nō*, altera ſic *mō*. Leges igitur, ſi videtur, meo periculo. *Nec ex vera venditione poſſeſſionem, quam modo fuerat emptor adeptus improbe, retinere poteſt,* Poſſis & ita legere, conjuncta utraque ſcriptura. *Nec ex vera venditione poſſeſſionem, quam modo fuerat emptor adeptus imPROBE retinere poteſt:* id eſt, *quam modo fuerat emptor adeptus improbe, probe retinere poteſt.* Quod ſequentibus reſpondet, & ab iiſdem Imperatoribus in *l.* 7. *eod. tit.* hoc modo exprimitur. *Improba poſſeſſio firmum titulum poſſidenti præſtare nullum poteſt.*

CAPUT V.

Quando & ubi in criminalibus cauſis de ſervis adverſus dominos habeatur quæſtio. Pars prior l. 1. *C. de quæſtionibus vindicata a menda & expoſita.*

Experiar hoc & ſequente capite, an forte queam pacare verba *l.* 1. *C. de quæſtionibus*, quæ levi ex cauſa tumultuantur inſanum in modum. Sed prius ipſa verba adſcribam.

Quæſtionem de ſervis contra dominos haberi non oportet: exceptis adulterii criminibus, item fraudati cenſus accuſationibus, & crimine majeſtatis, quod ad ſalutem Principis pertinet. In cæteris autem quanquam ea, quæ ſervus contra dominum dixit, judicaturi ſententiam formare non debeant, tamen ſi aliis quoque probationibus fides veritatis inveſtigetur, præſcriptionis invidia evaneſcit. In pecuniariis vero cauſis nec inopia probationum ſervos contra dominum interrogari poſſe, manifeſtum eſt.

Primum negant Imperatores, æquum bonum eſſe, ſervos in criminibus adverſus dominos torqueri. Deinde excipiunt, niſi ſit accuſatio adulterii, aut fraudati cenſus, aut crimen perduellionis. Tum rurſum ſcribunt, in cæteris ea quæ ſervus contra dominum dixit, judicaturi ſententiam non formare, niſi aliis quoque modis fides veritatis inveſtigetur. Id vero nonne idem eſt, ac ſi de ſervis quæſtionem contra dominos permitterent, cum eam de ſervis contra dominos exerceri prohibent? non enim dubium eſt, quin ne in exceptis quidem cauſis ante fiat quæſtioni locus, quam ſi fides veri aliis quoque probationibus adſtruatur. ſaltem cautum ab Auguſto eſt, in eruendis criminibus neque a tormentis eſſe incipiendum, neque adeo fidem quæſtioni habendam. ſed & Hadriani epiſtola ad Sennium Sabinum continetur, ad tormenta ſervorum tum demum veniri oportere, cum ſuſpectus eſt reus, & aliis argumentis ita probationi admovetur, ut ſola ſervorum confeſſio deeſſe videatur *l.* 1. *pr.* & §. 1. *D. de quæſtionibus.* Quamobrem ſi vera eſt Imperatorum lectio in *d. l.* 1. *C. de quæſtionibus:* fortaſſis verendum fuerit; ne ipſis acceſſerit delirium, aut libido in re ſeria ludendi: non enim ex animo quiſquam neget, ſervos in criminibus interrogari, præterquam in adulterio, fraudato cenſu, & perduellione; cum in cæteris quæſtionem patitur, ſimul alia eunti patet ad verum ſemita. Tamen, ne quid temere derogetur Imperatoriæ majeſtati, derogabo potius receptæ lectioni. Extat vitium in verbis iſtis, *in cæteris.* ſcripſere Imperatores, *in eis.* id pro Nota acceptum ob deteriorem ſcripturam, & voculam *autem*, quæ falſo licet, falſo tamen quod adverſari crederetur, levi mutatione tranſiit in ſequentes literas, *in cæteris:* ſolet enim *cæterum*, ſi Diacono credimus, apud Veteres notari hoc modo *c̄tr*, item iſto *ctr.* Igitur corrigo & ſcribo, *in eis.* ita compoſita pugna; ſenſuſque optimus, Quæſtionem de ſervis contra dominos in criminibus nullo jure exerceri; præterquam in adulterio, fraudato cenſu, & crimine majeſtatis: in iſtis enim, vel in iſtis igitur (*autem* ſic accipio: ut apud Papinianum *l.* 10. *D. de diverſis temporalibus præſcriptionibus*, apud Marcianum *l.* 65. §. 4. *D. de legatis lib.* 3. & alibi) in iſtis enim, inquam, vel in iſtis igitur criminibus, quamquam ea quæ ſervus contra dominum edidit per tormenta, judicaturi ſententiam ſola formare non debeant; tamen, ſi aliis quoque probationibus veritatis inveſtigetur fides, præſcriptionis invidiam evaneſcere: hoc eſt, quamquam ſervi in cæteris criminibus neque interrogari debeant adverſus dominum, quum is haud levibus argumentis premitur; neque, ſi interrogati ſint, reſponſione ſua dicturi ſententiam conſilium in-

Digitized by Google

inſtruant: tamen aliud eſt in crimine adulterii, item perduellionis, ſed & cenſus fraudati accuſatione: in eis enim, ſi tum interrogentur ſervi, cum etiam aliter veritati fides eſt, præſcriptionis invidia evaneſcit: ſi, inquam, aliter veritati fides eſt; nam in his quoque ſi ſervi torti ſint ſine aliis probationibus, ſola eorum confeſſio judicaturo ad domini condemnationem non ſufficit. Nec tamen ignoro, dominum a ſervo ſuo ultro deferri poſſe in crimine fraudati cenſus & perduellionis *l.* 53. *D. de judiciis. l.* 20. *C. de his qui accuſare non poſſunt. l.* 6. *C. de delatoribus.* Sed id neque huc pertinet, neque de adulterio uſquam proditum eſt; etſi hic de adulterio æque ſermo ſit, ac de fraudato cenſu & perduellione.

CAPUT VI.

1. *Quando in cauſis pecuniariis tormenta ſervorum adverſus dominos adhibeantur? Earum cum criminibus comparatio. Sententia & lectio poſterioris partis d. l.* 1. *C. de quæſtionibus.* 2. & 3. *Ibidem* inopia probationum *quid ſit, ex Apulejo atque Ovidio ſingulariter demonſtratum. Cujacii rejecta emendatio. Leonini item Robertique ſententia.* Defectus probationum *quando ſit?* Quando aliter veritas inveniri, *aut* aliter illuminari non poſſit, quam per tormenta? *Scrupulus ex compluribus locis exemptus.* 4. *Jusjurandum, quod ſuppletorium vulgo vocant, quando a Judice deferri ſoleat? Illuſtrata l.* 3. *C. de rebus creditis & jurejurando. item l.* 31. *D. de jurejurando. Franciſci Duareni & Hugonis Donelli laudata ac firmata ſententia.*

1. Poſterior pars *l.* 1. *C. de quæſtionibus* ſic habet.

In pecuniariis vero cauſis nec inopia probationum ſervos contra dominum interrogari poſſe manifeſtum eſt.

Hæc recepta lectio eſt, & Johanni Roberto *lib.* 2. *Receptarum lectionum c.* 18. atque Elberto Leonino *lib.* 6. *Emendationum c.* 19. placet. Cujacius *lib.* 2. *Obſervat. c.* 33. & *lib.* 20. *c.* 28. mavult *ex inopia.* itaque legitur apud Gratianum *c. quæſtionem* 12. *q.* 2. Sed verior mihi videtur ſcriptura, *nec inopia.* primum, quia generaliter ait Ulpianus in *l* 1. §. 16. *D. de quæſtionibus*, Severum reſcripſiſſe, quæſtionem de ſervis contra dominos neque haberi debere, neque, ſi facta ſit, dicturi ſententiam conſilium inſtruere. igitur una Severo fuit criminalium civiliumque cauſarum regula: quam & Gordianus probat *l.* 6. *C. eod. tit.* & Paulus, *lib.* 5. *Sententiarum, tit.* 14. §. 5. ſed, quam Ulpianus, uterque plenius. Verba utriuſque adſcribenda putavi. Ea verba ex Paulo ſunt: *Servi in caput domini neque a Præſide, neque a Procuratore, neque in pecuniariis, quam in capitalibus cauſis interrogari poſſunt.* Hæc ex Paulo: ex Gordiano iſta ſunt. *Pridem placuit, domeſtica ſervorum interrogatione in cauſis ad dominos pertinentibus abſtinendum eſſe; ut neque pro his, neque adverſus eos in capitalibus, vel pecuniariis quæſtionibus veritatis vim obtinere poſſit, quod in confeſſionem ab eis deductum fuerit.* Id primum noto ac moneo. proximum eſt quod a criminalibus adulterium, fraudatus cenſus, & perduellio, cum paucis aliis, excipitur *d. l.* 1. *C. de quæſtionibus*; item in pecuniariis, ſi ſervus magis in ſe, aut de ſuo facto, quam in dominum, prove domino, rogatur *l.* 12. *l.* 15. *C. eod. tit. l.* 7. *D. de probationibus.* Paulus *d. tit.* 14. §. 1. ſi de rebus hereditariis, vel fide generis; ſi pro ſucceſſione domini quæritur, non contra dominos cæteros filios, quæſtioni locum eſſe, ratio æquitatis oſtendit *l.* 17 §. 2. *D. de quæſtionibus.* Paulus *d. lib.* 5. *tit.* 14. §. 2. Jam ut in illis quæ a criminalibus excipiuntur, tum demum rogatur ſervus adverſus dominum; cum hic probabilibus, & prope certis, atque evidentibus, argumentis urgetur: ſic nec in iſtis quidem quæ a civilibus ſeparantur, aliter quæſtio habetur, quam inopia probationum; in cæteris autem quæ ad regulam utriuſque generis ſpectant, ne inopia, id eſt, ne tunc, quidem tormentis locus eſt, ubi dominus veriſimilibus & velut certis indiciis premitur.

2. Itane? inquiet aliqus: inopia tibi eſt, cum indicia ad probationem gravia & prope certa? nugæ. ad noſtros ſpecta: his inopia eſt; cum veritas aliis probationibus illuminari *l.* 12. *C. de quæſtionibus*, aliterve inveniri non poteſt, quam per tormenta *l.* 9. *l.* 18. §. 4. *D. eod. tit.* Paulus *d. lib.* 5. *Sententiarum tit.* 14. §. 2. cum alia probatio ad eruendam veritatem non eſt *l.* 7. *D. de teſtibus*, cum deficit probatio *l.* 7. *D. de probationibus.* Quid dicam? quod *lib.* 1. *c. ult. n.* 14. & *ſeq.* verba hæc & ſimilia ſæpe latius apud Veteres uſurpari; &, ut vulgo ajunt, magis ſecundum quid, quam ſimpliciter, accipi: igitur inopiam, defectumve, appellari, quotiens non liquida, verum dubia & anceps, cauſa eſt: item negari, veritatem aliter inveniri, quoties ea aliter non omnino, niſi per tormenta, invenitur. ut enim omittam, olim Divum Auguſtum conſtituiſſe, non eſſe a tormentis incipiendum, neque adeo fidem quæſtioni adhibendam: ut omittam, Divum Hadrianum Sennio Sabino reſcripſiſſe, ad tormenta ſervorum ita veniri demum oportere, cum ſuſpectus eſt reus, & aliis argumen-

tis ita probationi admovetur, ut ſola ſervorum confeſſio deeſſe videatur *l.* 1. §. 1. & 2. *D. de quæſtionibus:* nonne hic unum id ſuffecerit quod egregie Paulus in *l.* 20. *D. eod. tit.* hoc refert ſenſu: Maritus quidam, heres uxoris ſuæ, petebat a Suro pecuniam, quaſi ab uxore apud eum depoſitam, ſe abſente: & in eam rem teſtem unum producebat; & quæſtionem de ancilla haberi deſiderabat. contra negabat Surus, ſe accepiſſe pecuniam; negabat quoque, admitti unius hominis teſtimonium, & a quæſtionibus incipi; etſi aliena ancilla foret, nedum propria. quid fit? admiſſa quæſtio, & habita: deinde appellatum ad Imperatorem. is ubi cognoviſſet: pronuntiavit, eam quæſtionem illicite habitam eſſe: nec videri unius hominis teſtimonium ad quæſtionem ſufficere.

3. Non igitur diſtinguenda hic inopia a defectu, auctore Cujacio *lib.* 22. *Obſervat. c.* 28. quia idem valent: ut liquet ex *d. l.* 7. *D. de probationibus*, & reliquis adductis locis. non accipienda quoque inopia pro omni & qualicumque inopia: ut idem Cujacius putat *lib.* 2. *Obſervat. c.* 33. & *lib.* 20. *cap.* 28. non enim quæſtio habetur; cum nulla, leviorve, apparet conjectura; aut cum unus ſaltem adeſt teſtis: ut Paulus docet *d. l.* 20. ſed inopia eſt, ubi tanta utrimque probationum copia, ut noceat, ac turbet: adeo ubi par cauſa ac ratio; neque valde in alteram inclinans partem. Hoc ſenſu uſurpatum ab Apulejo id vocabulum *lib.* 5. *Metamorph. ſive de aſino aureo*, in fabula de Pſyche & Cupidine. verba Apuleji quia non memini obſervari adducive ab aliis, adſcripſi: ſunt autem hæc. *Conſcio lumine vultus ejus adſpexi; video mirum divinumque prorſus ſpectaculum, ipſum illum Deæ Veneris filium, ipſum, inquam, Cupidinem, leni quiete ſopitum. Ac, dum tanti boni ſpectaculo percita, & nimia voluptatis copia turbata, fruendi laborarem inopia, caſu ſcilicet peſſimo lucerna fervens oleum rebullivit in ejus humerum.* Hæc Apulejus, & ad ſuperius Reſcriptum omnino accommodate. quippe appellat inopiam Pſyches: non, quia erat illi defectus voluptatis; ſed quia erat tanta undequaque copia atque abundantia, ut dubitaret Pſyche, hac, an illa, potius parte frueretur: id enim eſt quod paulo ante Apulejus eadem in re & fabella, ubi egregiam Cupidinis venuſtatem formamque deſcripſiſſet, tum deinde ait, *Pſyche magis magiſque cupidine flagrans Cupidinis, prona in eum efflictim inhians, patulis ac petulantibus ſuaviis feſtinanter ingeſtis, de ſomni menſura metuebat. Sed dum tanto bono percita, ſaucia mente fluctuat, lucerna illa evomuit de ſumma luminis ſui ſtillam ferventis olei ſuper humerum Dei dextrum.* Viden', quod ante dixit Apulejus, *Dum tanti boni ſpectaculo percita, & nimia voluptatis copia turbata, fruendi laborarem inopia*, hoc eum poſtea ſic efferre, *Dum tanti boni ſpectaculo percita, ſaucia mente fluctuat?* Id vero quid aliud deſignat, quam ambiguitatem fruendi ex nimia atque æquali undequaque copia? mihi crede. ſin ſecus, Ovidio: nam & is vult, copia præligari atque impediri eligendi arbitrium, *lib.* 5. *Faſtorum*, hiſce verbis.

Quæritis, unde putem Majo data nomina menſi.
Non ſatis eſt liquido cognita cauſa mihi.
Ut ſtat, & incertus, qua ſit ſibi, neſcit, eundum,
Cum videt ex omni parte viator iter.
Sic quia poſſe datur diverſas reddere cauſas,
Qua ferar, ignoro, copiaque ipſa nocet.

4. Expoſui hæc diligentius; cum ut ſcrupulum hoc ex capite eximerem, eruditis uſque adhuc moleſtum ac gravem; tum ut liqueret, quemadmodum accipienda forent hæc Diocletiani & Maximiani verba *l.* 3. *C. de rebus creditis.*

In bonæ fidei contractibus, nec non [*etiam*] *in cæteris cauſis, inopia probationum, per judicem jurejurando cauſa cognita res decidi oportet.*

Nam in eo quoque capite ab Imperatoribus dicitur, inopia probationum, rem jurejurando decidi oportere: ſenſu plane ſimili. Quod ut cenſeam, vel id me impellit maxime; quod non ſimpliciter & nude ajunt Imperatores, oportere litem, ſi inopia probationum ſit, jurejurando decidi; ſed inopia probationum cauſa cognita. Id autem quo? niſi, ut diſpiciat Judex & caveat,

Ne Deus interſit, niſi dignus vindice nodus
Inciderit. — — —

ut Horatius in re alia loquitur, *De arte Poëtica.* adeo non temere alteri deferet Judex jusjurandum: cum cauſa plana eſt, atque in alteram inclinans partem: ut forte, ſi actor intentionem ſuam aut nullo probavit teſte, aut ſaltem uno: cujus reſponſio non auditur, etſi præclaræ Curiæ honore præfulgeat *l.* 9. §. 1. *C. de teſtibus*; neque igitur facit dubiam cauſam, neque jurijurando locum. at Judex deferet jusjurandum, inopia probationum; cauſa cognita: id eſt, cum res dubia eſt atque in ambas agi partes animo poteſt. Ita Gajus in *l.* 31. *D. de jurejurando.* Gajum vero primus ita interpretatus Vir Clariſſimus, Franciſcus Duarenus, *lib.* 2. *Diſputationum anniverſariarum c.* 33. & poſt eum Hugo Donellus *ad. d. l.* 3. ex Terentii *Phormione*, & Cicerone, *Pro Ligario:* locis ſane elegantibus; ſed quia pleriſque minus ſufficiunt, pauca adſcribam de meo, ut juvem ac firmem Terentius in *Andria* 1. 5. *Dum in dubio eſt animus, paulo momento huc illuc impellitur.* Iſidorus *lib.* 10. *Etymologic. Dubius, incertus, quaſi duarum viarum.* De dubitatione Myrrhæ Ovidius *lib.* 10. *Metamorph.*

— — — *Virgo Cinyreia pervigil igne*
Carpitur indomito, furioſaque vota retractat.
Et modo deſperat, modo vult tentare, pudetque,
Et cupit, & quid agat, non invenit; utque ſecuri
Saucia trabs ingens, cum plaga noviſſima reſtat,

Quo

Digitized by Google

Quo cadat, in dubio eſt, omnique ex parte timetur;
Sic animus vario labefactus vulnere nutat
Huc levis atque illuc, momentaque ſumit utroque.

CAPUT VII.

Ulpianus emendatus l. x. D. de uſu & habitatione, tranſpoſita vocula tamen.

Quibus in cauſis comparetur legatum uſus & habitationis, quibus ſeparetur, eas cauſas videretur mihi Ulpianus ſatis recte demonſtraſſe *l. 10. D. de uſu & habitatione*; niſi ſedem mutaſſet vocula *tamen*, tenebraſque ea re ſcriptori optimo offudiſſet. Verba Ulpiani ſi quis recenſere velit, ita in omnibus editionibus leguntur.

Si habitatio legetur, an perinde ſit, atque ſi uſus, quæritur? Et effectu quidem idem pene eſſe legatum uſus & habitationis, & Papinianus conſenſit lib. 18. Quæſtionum. Denique donare non poterit. Sed eas perſonas recipiet, quas & uſuarius. Ad heredem tamen nec ipſa tranſit, nec non utendo amittitur, nec capitis diminutione.

Reſtitues, me auctore.

Ad heredem nec ipſa tranſit: nec tamen non utendo amittitur, nec capitis diminutione.

Vult enim Ulpianus, uſum & habitationem duobus his articulis diſtingui, cæteris quos præterea recitat, non diſtingui; poſtremo, hoc eſſe commune utriuſque legati, quod neuter legatarius donare poteſt, quod uterque recipit eaſdem perſonas, & quod utrumque legatum morte extinguitur *l. 2. D. Quando dies legatorum vel fideicommiſſorum cedat*, *l. 21. D. de uſu & habitatione*; alterum vero legatum, habitationis ſcilicet, id ſingulare habere, quod neque capitis diminutione, neque non utendo amittitur. Id mihi certum eſt, & pene his Modeſtini verbis reſpondet *l. x. D. de capite minutis. Si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis diminutione tamen interveniente perſeverat: videlicet quia tale legatum in facto potius, quam in jure conſiſtit.*

CAPUT VIII.

Mendum ſublatum ex Ulpiani l. 5. §. 3. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.

Non fero quoque Ulpiani ſcripturam hanc, quamvis ei omnes codices adſtipulentur in *l. 5. §. 3. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.*

Et ſi habitatio, vel operæ hominis vel cujus alterius animalis relictæ fuerint, ſtipulatio locum habebit; licet per omnia hæc uſumfructum non imitantur.

Conſtabit ſententia, ſi legas.

Licet per omnia hæc uſum fructumve non imitantur.

Fructus enim *hominis*, ſi Gajo fides, *in operis conſiſtit, & retro in fructu hominis operæ ſunt. l. 4. D. de operis ſervorum.* At *legatum uſus & habitationis effectu idem pene eſſe*, ex Ulpiano diſcas *l. 10. D. de uſu & habitatione.* Imo Pomponius *l. 32. D. de uſufructu*, *Habitationis*, inquit, *exceptione ſive temporali, ſive ad mortem ejus, qui excepit, uſum exceptum videri.* Plane, etſi legatum habitationis aſſimiletur uſui, legatum operarum uſuifructui; non tamen hæc per omnia aut uſum, aut uſumfructum, imitantur ex Ulpiani ſententia: nam habitationem in quibuſdam ab uſu dividit in *d. l. 10*; licet in aliis eam uſui comparet; ut oſtendi ſuperiore capite: operas quoque ſeparat a fructu *l. 2. D. de operis ſervorum*; quamquam operas fructui comparet in *d. l. 5. §. 3.* imo Papinianus *l. 2. D. de uſu & uſufructu & reditu & habitatione & operis per legatum vel fideicommiſſum datis*, differentiam inter legatum uſusfructus & operarum triplicem facit; negatque, eum cui legatæ ſunt operæ, fructuarium eſſe. Paulus quoque *l. 1. §. 9. D. Ad legem Falcidiam* ait, operis ſervi legatis, neque uſum, neque uſumfructum in eo legato eſſe.

CAPUT IX.

An directa negotiorum geſtorum actio domino detur adverſus prædonem? huic item an contraria adverſus illum competat? Labes e l. 6. §. 3. D. de negotiis geſtis deterſa ſingulariter.

Ut actio negotiorum geſtorum locum habeat; non modo negotium alterius geſtum eſſe oportet; ſed amplius deſideratur, ut ejus contemplatione *l. 6. §. 3. D. de negotiis geſtis*, id eſt, ut gerendi negotii affectione *l. 19. §. 2. d. t.* ut quaſi amici *l. 36. eod. tit.* vel

(ut

(ut Paulus loquitur *l.* 23. *D. de rebus auctoritate judicis poſſidendis*) ex officio amicitiæ, geſtum ſit. Adeo, ſi quis ſui lucri cauſa geſſit, quia ſuum magis, quam alterius, negotium geſſit; non videtur adverſus eum actio negotiorum geſtorum danda eſſe. Obtinuit tamen, nihilominus, imo magis, & eum negotiorum geſtorum actione teneri: quia utique conſtat, in re mea negotioque meo verſatum eſſe; quamvis ei affectio negotii mei gerendi nulla fuerit. denique quis ferat, ipſi dolum ſuum prodeſſe, & ex improbitate fructum naſci? Directæ igitur actioni vel in hac ſpecie locus erit *d. l.* 6. §. 3. *D. de negotiis geſtis.* An & contrariæ? fac, inſulam fultam, neceſſarias impenſas factas, has omnino vel ex parte periiſſe, tamen repeti. an poſſint? quæritur. Sed totus ad ſe ſpectavit prædo, non ad me: mihi vero ut imputet quod ſibi præſtitit, non id jus, minus æquitas, patitur. Pulchre hoc & ſapienter, ut ſolet, Prædrus *lib.* 1. *fab.* 23. Verba Phædri.

Muſtela ab homine prenſa, quum inſtantem necem
Effugere vellet; quæſo, inquit, parcas mihi,
Quæ tibi moleſtis muribus purgo domum.
Reſpondit ille, faceres ſi cauſa mea,
Gratum eſſet, & dediſſem veniam ſupplici:
Nunc quia laboras, ut fruaris reliquiis,
Quas ſunt roſuri, ſimul & ipſos devores,
Noli imputare vanum beneficium mihi.
Atque ita locutus improbam letho dedit.
Hoc in ſe dictum debent illi agnoſcere,
Quorum privata ſervit utilitas ſibi,
Et meritum inane jactant imprudentibus.

Sic Phædrus: idem aperte Jureconſultus *d. l.* 6. §. 3. *D. de negotiis geſtis*, ſequentibus verbis. *Ipſe ſi circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abeſt, quia improbe ad negotia mea acceſſit, contra me actionem habet.* Aperte? ita eſt: verba enim hæc (*in id, quod ei abeſt*) ſunt ex formula contrariæ actionis: uti Gajus *l.* 2. *D. de negotiis geſtis*, & Javolenus *l.* 28. *D. eod. tit.* docent. Igitur, negata ei actione in id quod ei abeſt, propter improbitatem ſuam; contrariam ei actionem, propter improbitatem ſuam negari puta. Quid tandem? *In quod ego locupletior factus ſum, habet contra me actionem.* Haud dubito, quin hic ſcripturæ error ſit: & *exceptionem*, aut *retentionem*, aut *penſationem*, auctor, quisquis is fuit, ponere voluerit, ſaltem debuerit; vox autem iſta (*actionem*) cum fuiſſet paulo ante inſerenda, deinde, ut fit inter ſcribendum, imprudenti & tantum non aliud cogitanti exciderit. hoc eo magis cenſeo: quia formula iſta (*in quod ego locupletior factus ſum*) non tantum ad exceptionem, aut retentionem, (uti in *l.* 38. *D. de hereditatis petitione*, *l.* 38. & 48. *D. de rei vindicatione*, *l.* 1. §. 1. *D. de doli mali & metus exceptione*) ſed ad indebiti quoque condictionem, accommodari ſolet: uti ex *l.* 8. §. 22. *D. de tranſactionibus*, cum ſimilibus, liquet. Solet & actioni negotiorum geſtorum, ſive ea directa, ſive contraria, ſit, adjici: ſed una in ſpecie quæ eſt in *d. l.* 6. *l.* 37. *D. & l.* 2. *C. de negotiis geſtis*; atque ad hanc fere ex Reſcripto Divi Pii ſingulari jure *l.* 3. §. 3. *l.* 34. *D. eod.* Adeo nil abhorret a vero, ipſum Jureconſultum, aut Librarium, in errorem hunc in *d.* §. 3. *ſexti capitis* cum memoria principii ejuſdem loci, tum verborum ac rerum ſimilitudine, lapſum incidiſſe. Accedit ad hæc quod Veteres in hac ſpecie actionis meminerunt nuſquam. imo actioni, qualiſcumque ſit, locum negant: tantum retentionem, vel officio judicis, vel per exceptionem doli mali, concedunt *l.* 33. *D. de condictione indebiti*, *l.* 14. *D. de doli mali & metus exceptione*, *l.* 14. §. 1. *D. Communi dividundo*, *l.* 27. §. 5. & *l.* 48. *D. de rei vindicatione*, *l.* 38. & 39. *D. de hereditatis petitione*, *l.* 45. §. 1. *D. de actionibus empti & venditi*, §. 30. *Inſt. de rerum diviſione.* Hoc autem cum non minus ſtatuant in perſona poſſeſſoris bonæ fidei, quam ejus qui mala fide poſſidet; cedo, ecquid cauſæ ſit, cur huic permittant actionem, quam non permittunt illi quem alioquin juſta fides tuetur? Verum hæc olim deciſa lis fuit: ne quis hodie contrariam negotiorum geſtorum actionem, aut indebiti condictionem, formula iſta, *In quod ego locupletior factus ſum*, hic indigitari crederet; licet ea alioquin utramque denotari verum ſit. Supereſt igitur, ut eadem formula pro retentionis exceptionisve nota haberi debeat: quam exceptionem prædoni ad hanc faciem dari in re ſimili, Paulus ſignificat *l.* 38. *D. de hereditatis petitione.* Verba vero *d. l.* 6. §. 3. *D. de negotiis geſtis* ego ſic emendanda cenſeo.

Sed & ſi quis negotia mea geſſit, non mei contemplatione, ſed ſui lucri cauſa: Labeo ſcripſit, ſuum eum potius, quam meum negotium geſſiſſe. qui enim deprædandi cauſa accedit, ſuo lucro, non meo commodo ſtudet. Sed nihilominus, imo magis & is tenebitur negotiorum geſtorum actione. Ipſe tamen, ſi circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abeſt, quia improbe ad negotia mea acceſſit, actionem, *ſed in quod ego locupletior factus ſum, habet contra me* exceptionem.

exceptionem, inquam, vel retentionem, vel penſationem: uti in *l.* 18. §. *ult. D. Commodati vel contra*, *l.* 8. *D. de pigneratitia actione*, & *l.* 33. *D. de condictione indebiti.* Judicium hoc meum eſt: quod cum nuper Ampliſſimo Viro, Magno Wedderkoppio, Sereniſſimi Holſatorum & Sleeſvicenſium Ducis Legato, oſtenderem domi meæ ad quam viſendi mei gratia acceſſerat, ut ſæpe ſolet: deinde is, domi ſecum exploratis diu ac diligenter ſingulis, perplacere ſibi teſtatus eſt; & addidit, quia Juliani *d. l.* 6. eſſet, cujus & *d. l.* 33. *D. de condictione indebiti*, & *d. l.* 27. §. 5. *D. de rei vindicatione*, ideo minus veriſimile eſſe, eumdem auctorem tam aperte non tantum cum ratione, atque uſu juris, ſed ſecum quoque, pugnantia ab-

abſurdiſſime protuliſſe. Fateor, & me jam ante id argumentum tenebat; ſed verebar, conjecturæ meæ adſcribere: quia animadvertebam, eam legem in Haloandri & quibuſdam aliis exemplaribus non Juliano, ſed Ulpiano, tribui, & parte quinti capitis cenſeri. adhæc exiſtimabam, verba ea (*non id id, quod ei abeſt, quia improbe ad negotia mea acceſſit, actionem habet*) non omnino abhorrere ab Ulpiano: qui in *l.* 12. §. 1. *D. de furtis* ſimiliter inquit. *Nemo de improbitate ſua conſequitur actionem: & ideo ſoli bonæ fidei poſſeſſori, non etiam malæ fidei furti actio datur.* Sentit tamen pro Juliano Ruſſardus: qui Inſcriptionem *d. l.* 6. ita exhibet; VI. *Julianus libro tertio Digeſtorum ſcri-*[illegible] & quod ab aliis ita profertur finis præce-[illegible]ntis loci, *ut ſcribit Julianus lib.* III. ex Notis natum arbitratur: nam pro VI. facile fuiſſe ut ſcriberetur *ut.*

CAPUT X.

Bis idem dici ab Ulpiano in l. 1. §. 7. *D. de Ædilitio edicto, item in l.* 5. §. 1. *D. de jure deliberandi, & a Tryphonino in l* 9. *D. de rebus dubiis.*

Satis otioſe Ulpianus in *l.* 1. §. 7. *D. de Ædilitio edicto*, cum Edicti verba, *morbi vitiive*, interpretatur, inquit.

Ego puto Ædiles tollendæ dubitationis gratia bis κατὰ τοῦ αὐτοῦ, *id eſt, de eodem idem dixiſſe, ne qua dubitatio ſupereſſet.*

Cui bono enim repetitio iſta ejuſdem rei in verbis, *tollendæ dubitationis gratia*; &, *ne qua dubitatio ſupereſſet?* num ornat, ut alioquin ſolet, orationem? num modulatiorem aptioremque reddit? num onerandi vel exprobrandi cauſa exaggerationem aliquam ſpecioſam facit? cauſas tamen prope has eſſe quibus apta ſit repetitio, & ratio ſuadet, & Favorinus in re ſimili apud Gellium refert *lib.* 13. *Noctium Atticarum c.* 24. Sed profecto id vitium in Ulpiano nimis manifeſtum eſt.

Simile in *l.* 5. §. 1. *D. de jure deliberandi.*

Si major ſit hereditas, & deliberat heres; & res ſunt in hereditate, quæ ex tractu temporis deteriores fiunt, adito Prætore; poteſt is, qui deliberat, ſine præjudicio eas juſtis pretiis vendere; qui poſſit etiam ea, quæ nimium ſumptuoſa ſint, veluti jumenta aut venalicia, item ea, quæ mora deteriora fiant, vendere; quique præterea curaturus ſit, ut æs alienum, quod ſub pœna vel ſub pretioſis pignoribus debeatur, ſolvatur.

Vacant iſta verſu penultimo, *Item ea, quæ mora deteriora fiant.* Jam ante enim dixerat Ulpianus, *ſi res in hereditate ſint, quæ ex tractu temporis deteriores fiunt, juſtis pretiis vendi permiſſu Prætoris poſſe.*

Similis ταυτολογία apud Tryphoninum in his verbis *l.* 9. *D. de rebus dubiis.*

Qui duos impuberes filios habebat, ei, qui ſupremus moritur, Titium ſubſtituit: duo impuberes ſimul in nave perierunt. Quæſitum eſt, an ſubſtituto, & cujus hereditas deferatur? Dixi, ſi ordine vita deceſſiſſent, priori mortuo frater ab inteſtato heres erit, poſteriori ſubſtitutus; in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. In propoſita autem quæſtione. & cætera.

Superſunt iſta. *In ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem.* Nil enim aliud deſignant, quam illa quæ præcedunt, *Priori mortuo frater ab inteſtato heres erat, poſteriori ſubſtitutus.*

CAPUT XI.

Intellectus l. 78. §. *ult. D. de contrahenda emptione.*

Verba Labeonis ſunt in *l.* 78. §. *ult. D. de contrahenda emptione.*

Frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidiſſes, dixiſti te, ſi quid vi aut tempeſtate factum eſſet, præſtaturum: ea frumenta nives corruperunt. ſi immoderatæ fuerunt, & contra conſuetudinem tempeſtatis, agi tecum ex empto poterit.

Hæc vulgata lectio: nec damno; quamquam malim. *Si immoderatæ fuerunt, & contra conſuetudinem tempeſtates.* Quo modo Salmaſius conjicit *Ad jus Atticum c.* 24. Thema vide: id tale eſt. Vendidiſti Titio frumenta quæ in herbis erant; & dixiſti, id eſt, recepiſti, te ei præſtiturum, ſi quid vi aut tempeſtate accidiſſet. nives cecidere; hæ frumenta corruperunt: id eſt, frumenta, ad votum non reſpondentia, corrupiſſe dicuntur: ſic enim accipio id verbum, ut querelam prætextumque emptoris; atque adeo facti ſpeciem, ab eo Labeoni propoſitam, non utique veritatem rei, non effectum, indicet: quod apud noſtros & alios auctores ſæpe uſu venit: ut pluribus demonſtrarem, niſi ſimilia in anteceſſum annotaſſem *lib.* 2. *c.* 6. *n.* 3. & apud Caſaubonum *ad Suetonium in Julio c.* 29. inveniſſem. Nivibus igitur non corrupta frumenta ſunt, ut verba præferunt primo adſpectu: (alioquin inepta & inſulſa foret ſequens diſtinctio; ſcilicet, utrum immoderatæ fuerint, & contra conſuetudinem tempeſtates, an non fuerint: quia & in hoc & in illo caſu, peræque verum foret, frumenta vi aut tempeſtate corrupta eſſe; quod venditor ſe emptori præſti-

turum promiſit) ſed frumenta in facto, a conſultore propoſito, nivibus corrupta dicuntur: & proinde quæſtio eſt, an venditor emptori indiſtincte, propter nives, aliquid præſtare debeat. cauſa quæſtionis eſt, quod tempeſtatis verbum anni ſolitas inſolitaſque tempeſtates & has ſive ſerenas, ſive turbidas, ſive moderatas, ſive immoderatas, complectitur: uti Servius refert ad id Virgilii *lib.* 2. *Æneid. verſ.* 19.

— — Unde hæc tam clara repente
Tempeſtas. — — —

Clara enim (inquit) bene addidit: quia tempeſtas τῶν μέσων eſt. Addo, Prudentius *lib.* 2. *Adverſus Symmachum.*

Nec tamen idcirco minor eſt aut cultus agelli,
Aut tempeſtatis clementia læta ſerenæ,
Temperat aut pluvius qui culta novalia ventus.

Item Lucretius *lib.* 4. *De rerum natura.*

— — Modo cum fuerit liquidiſſima cœli
Tempeſtas, *perquam ſubito fit* turbida *ſæpe*
Undique. — — —

Cicero quoque in Oratione *pro Muræna* inſit, *Ut tempeſtates ſæpe certo aliquo cœli ſigno commoventur, ſæpe improviſo, nulla ex certa ratione, obſcura aliqua ex cauſa excitantur: ſic in hac comitiorum tempeſtate populari ſæpe intelligas, quo ſigno commota ſit, ſæpe ita obſcura eſt, ut caſu excitata eſſe videatur.* Significat Cicero, tempeſtates duum generum eſſe: alias certo cœli ſigno certaque ex cauſa moveri: alias obſcura atque incerta ratione excitari; iſtas caſu, illas non æque caſu, motas excitataſque intelligi. Tempeſtas igitur vel ſerena, vel turbida, vel clemens, vel horrida, vel ſolita, vel inſolita eſt; & qualiſcumque ſit, hoc pacto excipitur. hæc quæſtio, & ejus cauſa. Sed reſponſum, tantum, *ſi immoderatæ fuere & contra conſuetudinem tempeſtates*, pactioni locum fore. quamobrem? quia, ſi ſolitæ & moderatæ fuere tempeſtates; non videtur nivibus, id eſt, vi aut tempeſtate, damnum datum eſſe: nam conſtat, ſolitas & moderatas tempeſtates niveſque aut prodeſſe frumentis, aut non nocere: at inſolitas atque immoderatas tempeſtates, id eſt, fortuitos caſus, frumentis nocere, & experiundo probatum eſt, & egregie Prudentius docet *lib.* 2. *Adverſus Symmachum.* Verba ejus quia ad Labeonis intellectum faciunt, adſcribam.

Antiquis elementa labant erroribus, ac de
Legitimo diſcuſſa modo plerumque feruntur
In caſus alios, quam lex habet, aut iter anni.
Nunc conſumit edax ſegetem rubigo maligni
Aeris ex vitio. nunc culpam vere tepenti
Poſt Zephyros gelidi glacies aquilonis inurit,
Ambuſtumque caput culmi fuligine tinguit:
Seminis aut teneri turgens dum germinat herba,
Continuis nimiiſque perit contricta pruinis.
Nec potis eſt tenuem telluri affigere fibram.
Mox ejecta ſolo glacie fidente ſuperſit,
Nudaque ſubducto radix avellitur arvo.
Ancipites tribuli ſubeunt, & carduus horrens:
Hos fert ſicca ſitis, hunc ebrius educat humos.
Temperies effuſa minus, vel plus, agit iſtos
Terrarum morbos, & mundum vulnerat ægrum.

Igitur hic immoderatæ atque inſolitæ tempeſtates, id eſt, fortuiti caſus, demum faciunt pactioni locum; non tempeſtates moderatæ & ſolitæ. hæ eo minus: quia ea quæ metuenda frumentis ſunt, fere ab emptore excipi, & a venditore promitti, ſolent; non etiam illa quæ aut proſunt, aut non nocent: nec vero dubium eſt, in obſcuris inſpici quod veriſimilius eſt, aut quod plerumque fieri ſolet *l.* 114. *D. de regulis juris.* deinde non ſic pactum conventum eſt, *ſi quid tempeſtate*, ſed ita, *ſi quid vi aut tempeſtate, factum eſſet:* ea autem verba ſi hic conjunctim accipiantur, ut *dedi aut donavi*, item *pecuniæ tutelæve*, & alia id genus plura *in l.* 53. *D. de verborum ſignificatione, & alibi*, forte ſic pro promiſſore recte accipiuntur. vis enim tempeſtatem continet; tempeſtatis etiam tam lata ſignificatio eſt, ut vim ac bella comprehendat: ut apud Virgilium *lib.* 7. *Æneid. verſ.* 223.

Quanta per Idæos ſævis effuſa Mycænis
Tempeſtas ierit campos. — — —

imo tempeſtas per excellentiam ſæpe pro horrida tempeſtate ſumitur, & a reliquis cœli injuriis diſtinguitur: ut apud Plinium *lib.* 18. *Hiſtoriæ naturalis c.* 28. cum ſic ſcribit. *Ante omnia duo genera eſſe cœleſtis injuriæ meminiſſe debemus. unum, quod tempeſtates vocamus, in quibus grandines, procellæ cæteraque ſimilia intelliguntur: quæ cum acciderint, vis major appellatur. hæc ab horridis ſyderibus exeunt, ut ſæpius diximus, veluti Arcturo, Orione, Hœdis. alia ſunt illa, quæ ſilente cœlo ſereniſque noctibus fiunt, nullo ſentiente, niſi cum facta ſunt. publica hæc & magnæ differentiæ a prioribus, aliis rubiginem, aliis uredinem, aliis carbunculum appellantibus, omnibus vero ſterilitatem.* Hæc Plinius, quamquam aliter, ac noſtri: quibus iſta quoque quæ ſilente cœlo ſereniſque noctibus fiunt, ſi immoderata atque inſolita ſint, vi tempeſtatis fieri dicuntur: uti ex Ulpiano diſcas *l.* 15. §. 2. *D. Locati conducti.* Quid ergo? ubi pactum conventum eſt, *quod vi aut tempeſtate accidiſſet*, præſtari; pactum conventum videtur, quod inſolita atque immoderata tempeſtate; vel (ut Ulpianus loquitur *d. l.* 15. §. 2.) quod vi tempeſtatis accidiſſet, præſtari.

Iter hoc meum eſt ad ſententiam difficilis & obſcuri loci. aliud Salmaſius, *Ad jus Attic. & Roman. d. c.* 24. aliud Heraldus *lib. ſingul. Obſerv. & emend. c.* XXX. aliud alii tenuere.

CAPUT

Caput XII.

Fictionum in jure uſus & exempla non inconcinna. In his quid ſervitus pœnæ *apud noſtros, & cur ea inventa ſit, hactenus nondum tradita ſententia.*

Sæpe animadverti quæ principaliter non valent, per conſequentiam tolerari; & quæ diu ſunt utentium moribus obſervata, poſt verborum fictione atque imagine deludi atque obliterari: ſive quod vulgo ſpeciem æqui bonique habent quæ complurium ætatum uſus caſtigavit: ſive quod exemplo periculoſum eſt novandi ſtudium in his quæ ad mores reipublicæ legeſque ſpectant. plerique certe, antiquitatis immoderata veneratione, eorum in quibus nati atque educati ſunt, correctionem corruptionemque juxta ponunt. adeo illa ſive mutatio, ſive emendatio, etſi ex uſu publico eſſet, etiam in rebus minimis, paſſim mitiganda interpretatione ac diſſimulanda fuit: verumque omnino eſt quod *Pro Muræna* Cicero (etſi ſubridens) refert, ſcientiam Juris totam prope rebus fictis commentitiiſque conſtare. Placebunt ſpecies quas adferam.

Emptionis imago fuit qua olim teſtamentum per æs & libram conſtabat §. 1. *Inſt. de teſtamentis ordinandis*; qua liberorum adoptio emancipatioque perficiebatur *l. ult. C. de adoptionibus. l. ult. C. de emancipationibus liberorum.* Sed & quaſi uſusfructus cautione, velut remedio, introductus dicitur §. 2. *Inſt. de uſufructu.* Querela quoque inofficioſi teſtamenti hoc colore defenditur, quaſi non ſanæ mentis teſtator fuerit, cum teſtamentum inique ordinaret *l. 2. & 5. D. de inofficioſo teſtamento.* Præterea non poterat heredem facere Prætor: tantum fiebat heres per legem, aut per ſimilem juris conſtitutionem: ſed, cum utilitas exigeret, faciebat Prætor bonorum poſſeſſorem qui heredis loco eſſet §. 2. *Inſt. de bonorum poſſeſſionibus.* Similiter notat Licinius Rufinus *l. 74. D. de heredibus inſtituendis*, ſi ita quis heres inſtitutus fuerit, *excepto fundo, excepto uſufructu, heres eſto*, perinde fore Jure civili, atque ſi ſine ea re inſtitutus eſſet, idque auctoritate Galli Aquilii factum eſſe. Sed & Hermogenianus ait *l. 23. D. de manumiſſis vindicta*, manumiſſionem per lictores hodie, domino tacente, expediri; & verbâ ſolemnia, licet non dicantur, ut dicta accipi. Apud Dionyſium quoque ex jure publico ſimile: refert enim *lib.* 2. Romulum caviſſe, ne quis magiſtratum aliquem iniret, præterquam addicentibus avibus: id longo tempore obſervatum, ſuo tempore deſiiſſe; niſi quod ſupereſſet umbra veteris inſtituti: nam deſignatos, mane exeuntes, ſub dio preces peragere, ibique ex auguribus aliquem fulguris ſignum a læva datum denuntiare, etſi nullum datum ſit: ejus vero vocis omine contentos eos magiſtratum inire. Similiter domino permittebatur vindicatio lege XII tabularum; non domino non permittebatur: idque initio viſum ſufficere: poſt, ubi novæ inciderent ſpecies in quibus æquum bonum crederetur, etiam non domino, petitionem dari; Prætor, ne videretur facere adverſus legem XII tabularum, plerumque ita in rem agi permiſit, ut vel actor diceret, ſe quaſi uſucepiſſe quod non uſuceperat; vel e diverſo, adverſarium ſuum, quod uſuceperat, non uſucepiſſe §. 3. 4. & 5. *Inſt. de actionibus.* Referam huc etiam quæ de vindiciis ſcribit Gellius *lib.* XX. *Noct. Attic. c.* X. ſic inquiens. *Vindicia, id eſt, correptio manus in re atque in loco præſenti apud Prætorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita ſcriptum eſt, ſi qui in jure manum conſerunt Sed poſtquam Prætores, prorogatis Italiæ finibus, negotiis occupati, proficiſci vindiciarum dicendarum cauſa in longinquas res gravabantur, inſtitutum eſt, contra* XII. *tabulas, tacito conſenſu, ut litigantes non in jure apud Prætorem manum conſererent, ſed ex jure manum conſertum vocarent; id eſt, alter alterum ex jure ad conſerendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret: atque profecti ſimul in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, uti unam glebam, in jus in urbem ad Prætorem deferrent: & in ea gleba, tanquam in toto agro vindicarent.*

Eſt & hoc notabile & ad fictitium jus pertinens, quamquam a tyrannica impotentia ad perdendas magis leges, quam conſervandas, profectum; quod de filia Sejani Tacitus *lib. 5. Annal. c.* 9. memorat, quia triumvirali ſupplicio affici virginem inauditum habebatur, laqueum juxta compreſſam, exin, obliſis faucibus, id ætatis corpora in gemonias abjecta eſſe. Item, quod idem auctor eſt *lib. 2. Annal. c.* 30. quia vetere Senatuſconſulto quæſtio in caput domini prohibebatur, callidum & novi juris repertorem Tiberium mancipari ſingulos actori publico juſſiſſe, ut in Libonem ex ſervis ſalvo Senatuſconſulto quæreretur. Illud lubentius addam, quod in exulibus his quibus aqua & igne interdicebatur, commentum ſimile Cicero *Pro domo* refert his verbis. *Qui erant rerum capitalium condemnati, non prius hanc civitatem amittebant, quam in eam recepti, quo vertendi, hoc eſt, mutandi ſoli cauſa venerant. id autem ut eſſet faciundum, non ademptione civitatis, ſed tecti & aquæ & ignis interdictione faciebant.* Jam iſtud quale eſt quod idem Cicero *Pro Cæcina* libertatem & incenſis & iis qui ad delectum non reſpondiſſent, ſublatam fuiſſe docet? Ait, *Populum, cum eum vendidit, qui miles factus non eſt, non ademiſſe ei libertatem, ſed judicaſſe, non eſſe eum liberum, qui, ut liber ſit, adire periculum noluit. Cum autem incenſum vendidit, hoc judi-*

caſſe, cum ii, qui in ſervitute juſta fuerint, cenſu liberentur, eum, qui, cum liber eſſet, cenſeri noluerit, ipſum ſibi libertatem abjudicaſſe.

Porro, ut libertatem, ut civitatem, ita vitam, civis Romanus nemo invitus amittebat. id populo viſum erat tuendæ libertatis gratia; ſed uſus ſuſtulit. prætextus iſti fuit, quod libertas nimia in licentiam, hoc eſt, in exitium publicæ diſciplinæ irruptura crederetur; &, qui levioribus pœnis emendari non poſſent, ipſos pro exemplis nequitiæ male cedentis perire, & alios pereundo deterrere, æquum eſſet. Placuit igitur, competentibus remediis adverſus ire hominum flagitiis. ea autem remedia ut adhiberi poſſent, ſalva populi libertate, ſalvisque legibus, a verborum inani ambitu atque imagine impetratum eſt. is ambitus atque ea imago talis fuit. Ubi commiſſum erat a cive capital, Quæſitores non civem capite puniebant: (non enim fas erat) ſed non eſſe civem cum judicabant, qui capitis condemnatus foret. ſervum appellabant pœnæ; ad ſervum autem civile Jus non pertinebat. ita, quamquam civis eſſet, tamen vitam, quaſi ſervus, amittebat, & in manum carnificis, velut actoris pœnæ, mancipabatur. Neſcio, an id videatur indigitâre Apulejus *lib.* x. *Metamorph. ſive de aſino aureo*, verbis ſequentibus. *Cum jam ſententiæ pares, cunctorum ſtilis ad unum ſermonem congruentibus, ex more perpetuo in unam urnam deberent conjici: quo ſemel conditis calculis, jam cum rei fortuna transacto, nihil poſtea commutari licebat; ſed mancipabatur poteſtas capitis in manum carnificis.* Poſſit & Lactantius videri huc alludere, cum *lib.* 6. *Divinar. inſtit. c.* 22. ita ſcribit. *Huic divinæ legi ſumma devotione parendum eſt. Sint omnes, qui ſe diſcipulos Dei profitebuntur, ita morati & inſtituti, ut imperare ſibi poſſint. Nam qui voluptatibus indulgent, qui libidini obſequuntur, ii animam ſuam corpori mancipant, ad mortemque condemnant: quia ſe corpori addixerunt, in quo habet mors poteſtatem.* Hæc Lactantius; ſignificans, hominum corpora mortis in poteſtate agere, animas liberas eſſe, &, ut ita dicam, optimo jure cives haberi: vitam igitur animæ invitæ non auferri: præterquam, ſi voluptatibus indulgeat, & libidini obſequatur. quod cum fit, & libertatem ſuam, quaſi judicio ſuo, amittere, & ad mortem rite damnari, corporique ſuo, velut actori mortis, pro mortis mancipio mancipari. Sed hæc etſi non inveriſimilia, evidentia tamen non ſunt. Illud clarius huc ſpectat, quod Gajus ait *l.* 29. *D. de pœnis. Qui ultimo ſupplicio damnantur, ſtatim & civitatem & libertatem perdunt: itaque præoccupat hic caſus mortem, & nonnunquam longum tempus occupat: quod accidit in perſonis eorum, qui ad beſtias damnantur.* Sed & Paulus *l.* 6. §. 6. *D. de injuſto, rupto, irrito facto teſtamento* ait, *Si quis fuerit capite damnatus, vel ad beſtias, vel ad gladium, vel alia pœna, quæ vitam adimit, teſtamentum ejus irritum fieri, non tunc, cum conſumptus eſt, ſed cum ſententiam paſſus eſt; nam ſervum pœnæ effici.* Quod Macer *l.* 12. *D. de pœnis* confirmat. Solent & in metallum dati & in opus metalli, pœnæ ſervi appellari: pœnæ, inquam, non Cæſaris; & ita Marcianus *l.* 3. *D. de his quæ pro non ſcriptis habentur.* Verba Marciani. *Si in metallum damnato quid extra cauſam alimentorum relictum fuerit, pro non ſcripto eſt, nec ad fiſcum pertinet. nam pœnæ ſervus eſt, non Cæſaris. & ita Divus Pius reſcripſit.* Idem *l.* 17. *D. de pœnis. Sunt quidam ſervi pœnæ, ut ſunt in metallum damnati & in opus metalli. & ſi quid eis teſtamento datum fuerit; pro non ſcripto eſt, quaſi non Cæſaris ſervo datum, ſed pœnæ.* Cæterum & illud ſubjiciamus, novum non fuiſſe, ut fictiones iſtæ, cum jam eſſent moribus receptæ ac firmatæ, contrario rurſus uſu aut lege pro ſupervacuis atque inanibus ſolemnitatibus omnino, aut pro parte, abolerentur. Exemplum ſane unum ejus generis in ſervitute pœnæ; de qua Juſtinianus *Novella* 22. *c.* 8. aliud in §. 1. & 2. *Inſt. de teſtamentis ordinandis.* aliud in *l. ult. C. de adoptionibus.* item in *l. ult. C. de emancipationibus liberorum, & l. ult. C. de donationibus.* Livius quoque aliud habet æque egregium *lib.* 41. *c.* 8. Verba Livii. *Genera fraudis duo mutandæ viritim civitatis inducta erant. Lex ſociis ac nominis Latini, qui ſtirpem ex ſeſe domi relinquerent, dabat, ut cives Romani fierent, ea lege male utendo alii ſociis, alii populo Romano injuriam faciebant. Nam &, ne ſtirpem domi relinquerent, liberos ſuos, quibusquibus Romanis in eam conditionem, ut manumitterentur, mancipio dabant, libertinique cives eſſent: & quibus ſtirps deeſſet, quam relinquerent, ii cives Romani fiebant. Poſtea his quoque imaginibus juris ſpretis, promiſcue ſine lege, ſine ſtirpe in civitatem Romanam per migrationem & cenſum tranſibant.*

FINIS LIBRI III.

PROBABILIUM JURIS CIVILIS.

Digitized by Google

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

PROBABILIUM
JURIS CIVILIS
LIBER QUARTUS.

Caput I.

1. An quis poſſit ædificium aut quid aliud ponere in flumine publico, & quemadmodum? Item quid juris ſit in mari aut littore? 2. Scævola correctus l. ult. D. de fluminibus.

1. Vetus quæſtio eſt, an is qui domum aut ſimile ponit in flumine publico, eodem cenſeatur jure, quo is qui in mari aut littore ædificat? Et mihi placet: ſed quia aliis ſecus videtur, fortaſſe ſum operæ facturus pretium; ſi, quid in mari & littoribus obtineat, paucis exequar; tum, quid in fluminibus publicis receptum ſit, ordine ſubjiciam. Primum, quod ad mare attinet, ait Celſus *l. 3. §. 1. D. Ne quid in loco publico vel itinere fiat*, maris communem uſum eſſe, ut aëris; jactaſque in id pilas fieri ejus qui jecit: ſed id concedendum non eſſe; ſi deterior littoris mariſve uſus eo modo futurus ſit. adeo hoc quod in mari exſtructum eſt, facientis eſt. ut tamen exſtruere liceat, & decreto opus eſt, & ut innoxia ædificatio ſit: ut Pomponius auctor eſt *l. 50. D. de adquirende rerum dominio.* Porro ut uſus maris, ita uſus littoris, ſive communis ſive publicus eſt jure gentium; & ideo licet unicuique, in littore ædificare, littuſque ædificatione ſuum facere. ſi tamen ut in mari, ita in littore, impetravit: præterea ſi non eo modo deterior futurus ſit uſus littoris *d. l. 3. §. 1. D. Ne quid in loco publico vel itinere fiat*, *& l. 50. D. de adquirendo rerum dominio:* vel (ut Scævola loquitur *l. 4. D. Ne quid in loco publico vel itinere fiat*) niſi uſus publicus impediet. Hoc in mari & littoribus jus eſt. Idem in fluminibus publicis: Ulpiano teſte *l. 24. D. de damno infecto:* cum ſic ait, *Fluminum publicorum communis eſt uſus, ſicuti viarum publicarum & littorum. In his igitur publice licet cuilibet ædificare, & deſtruere, dum tamen hoc ſine incommodo cujuſquam fiat.* Primum comparat Ulpianus uſum fluminum publicorum cum uſu littorum & viarum publicarum: ait enim, fluminum publicorum communem eſſe uſum; & addit, ſicuti viarum publicarum & littorum. inde infert, licere igitur unicuique, in fluminibus publicis ædificare; addam ego, ædificium ſuum facere: id enim viarum, littorum, fluminumque, communio & comparatio exigit. præterea cui bono liceret cuiquam ædificare; ſi non ſuum ædificium faceret? vult tamen Ulpianus, ut ædificari poſſit, ædificari *publice*, *& ſine cujusquam incommodo*; pariter ut in mari & littore definitum: *publice*, inquam, ſeu publica auctoritate; id enim hoc verbum *publice* indigitat: ut in *l. 6. §. 3. &. l. 9. pr. & §. 1. D. de rerum diviſione & qualitate*, juncta *l. ult. D. Ut in poſſeſſionem legatorum*, & *l. 2. §. ult. D. de judiciis, & ſimilibus.* Quod ſi eſt; apparet, maris, littorum, & fluminum publicorum, rationem in his plane eamdem eſſe.

2. Sed contra Scævola *l. ult. D. de fluminibus.* Verba Scævolæ.

> *Quæſitum eſt, an is, qui in utraque ripa fluminis publici domus habeat, pontem privati juris facere poteſt. Reſpondit, non poſſe.*

Vides flumen publicum; vides, Titium habere domus in utraque ripa; proinde ripam utrimque Titii eſſe. vides, Titium velle, flumen ponte ſternere, & de domo in domum tranſitum facere: inde quæri, an poſſit facere pontem qui ſit privati juris: id eſt, qui ejus proprius ſeu privatus ſit: is enim eſt ſenſus horum verborum, *privati juris:* ut in *l. 6. C. de ſervitutibus & aqua*, & *l. 14. §. 1. D. de ſervitutibus.* vides, Scævolam reſpondere, Titium non poſſe: id eſt, non poſſe pontem privati juris facere. ſi vere; apparet, hoc quod in flumine publico ædificatur, non fieri ædificantis. Sed puto, quod recepta ſcriptura præfert, hoc a Scævola neque quæſitum, neque reſponſum eſſe; ſive ad rationem meæ ſententiæ adverto; ſive ad horum qui id quod in flumine publico ædificatur, non ædificanti adſignant, ſed huic cujus vicina ripa eſt. præfantur illi, alveum publici fluminis eſſe partem ripæ, deſertumque a

flumine fieri ejus cujus ripa eſt: quæ ſi peræque vera ac certa ratio eſt; obſecro, qui hic poſſit alterius, quam Titii, pons eſſe? quem præſertim ipſe poſuit in publico flumine cujus utraque in ripa domus habet: id eſt, cum dominus utriuſque ripæ eſt. Quamquam, ut hoc addam, non eſt ea peræque vera & certa ratio, neque ad hanc ſpeciem ſatis accommodata: quamvis enim procedat tum, cum eſt ſermo de inſula aut alveo a flumine detectis, ut jam alveus non ſit: quamvis & tum procedat, cum quæritur de ædificio aut ſimili, quod factum ſit aut in inſula aut in alveo a flumine jam deſtitutis: non procedit tamen, ſi aut pons aut ædificium dicitur factum in aqua fluminis publici. In aqua, inquam: quod enim in ea fit aut ponitur, id demum in flumine publico poni aut fieri dicitur *l. 1. §. 11. D. de fluminibus:* non, ſi extra aut in ripa fiat. . Ita eſt: qui ædificat in aqua fluminis publici, is ædificium ſuum facit; nam ut flumen jure gentium ſive publicum ſive commune eſt; ſic alveus fluminis publici, quamdiu a flumine obſidetur, fluminis, id eſt, omnium hominum ſive publicus ſive communis eſt *l. 7. §. 5. D.* de *adquirendo rerum dominio*. Atque id tam certum Veteribus fuit, uti Ulpianus contrarium impoſſibile eſſe reſponderit *l. 1. §. 7. D. de fluminibus*. Adeo parum probabile mihi fit, quod vulgata ſcriptura arguit, (quia in ea nulla liquet quærendi reſpondendique cauſa) id apud Scævolam aut quæſitum, aut reſponſum eſſe. Sed legendum.

> *Quæſitum eſt, an is, qui in utraque ripa fluminis publici domus habeat, pontem privato jure facere poteſt. Reſpondit, non poſſe.*

Quæ ſi placet lectio: fere quæritur, an is qui habet domus in utraque ripa fluminis publici, poſſit pontem facere proprio jure, ſeu privata auctoritate? reſpondetur autem, non poſſe; &, ſi facit, interdicto teneri. cauſa reſponſi eſt: quod, cum pontem facit, uſum fluminis publici facit deteriorem. Quæ quæſtio, & reſponſio pertinet ad interdictum illius Tituli: neque abſimilis videtur huic Ulpiani de via publica *l. 2. §. 33. D. Ne quid in loco publico vel itinere fiat.*

> *Scio tractatum, an permittendum ſit ſpecus & pontem per viam publicam facere. Et plerique probant, interdicto eum teneri. non enim oportere eum deteriorem viam facere.*

Reſpondet & illud ejuſdem Ulpiani *d. l. 24. D.* de *damno infecto.*

> *Fluminum publicorum communis eſt uſus, ſicut viarum publicarum & littorum. In his igitur publice licet cuilibet ædificare, & deſtruere, dum tamen hoc ſine incommodo cujuſquam fiat.*

Ait, cuilibet licere ædificare; ſed *publice*: id eſt, ſi permittatur; vel, non privato jure: ut Scævola loquitur *d. l. ult.*

CAPUT II.

Imperatores, Carus, Carinus & Numerianus, emendati, expuncta litera in l. 6. C. de pactis inter emptorem & venditorem compoſitis.

Imperatores, Carus, Carinus & Numerianus, AAA. Rimulo *l. 6. C. de pactis inter emptorem & venditorem compoſitis.*

> *Cum te fundum tuum certæ rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium transtuliſſe commemores, poterit tibi ea res non eſſe fraudi: quando non impleta promiſſi fide, dominii tui jus in ſuam cauſam reverti conveniat. Et ideo aditus competens judex, fundum, cujus mentionem facis, reſtitui tibi cum fructibus ſuis, ſine ulla ludificatione, ſua auctoritate perficiet: præcipue eum & adverſa pars receptis nummis ſuis, nullam paſſa videri poſſit injuriam.*

Multos mirari video, qua ratione Imperatores, fundo certæ rei contemplatione vendito exiguo pretio, non autem impleta promiſſi fide, Rimulo fundi repetionem permittant: ſiquidem certi juris eſt, neque a perfecta emptione venditione facile recedi poſſe, neque rei venditæ ac traditæ ullam repetitionem eſſe *l. 14. C. de reſcindenda venditione. l. 12. C. de contrahenda emptione.* Sed ſi placet, quod Accurſius Gloſſa prima conjecit, pactum conventum eſſe, ut, ſi emptor fidem fallat, venditori fundus reſtituatur; deciſa quæſtio eſt: cum palam ſit, emptionem eo pacto fingi atque informari; ex eoque aut venditi, aut præſcriptis verbis, actionem dari, ut emptio reſolvatur: & pretio reſtituto venditori fundus reddatur *l. 4. D. de lege commiſſoria. l. 2. 3. C. de pactis inter emtorem & venditorem compoſitis. l. 6. D. de reſcindenda venditione.* At id pactum conventum, quamquam ſæpe & multum quæſivi, Reſcriptique verba curioſe atque contente legi, in his neque mihi occurrit, neque ab Accurſio aut alio Interprete indicatur. quin ipſe mox Accurſius ſequente Gloſſa, cur hic fundus repeti poſſit, hanc eſſe veriorem cauſam arbitratur; quod non fuiſſet contracturus Rimulus, niſi emptor ei promiſiſſet hoc cujus contemplatione ei fundus datus fuit. Qua in re Accurſio multi egregii ac præclari homines adſtipulantur: qui ideo, quod emptioni adjecta a Rimulo fuit lex ſive conditio quæ ad ejus ſubſtantiam pertinuit, hoc tacite actum interpretantur; ut, niſi ea lex ſeu conditio impleatur, res inempta ſit. Sed ut Accurſium piget prioris Gloſſæ; ita poſteriorem ſollicitat Vir Ampliſſimus, Antonius Faber,

Digitized by Google

De erroribus Pragmaticorum, *part.* 2. *decad.* 45. *error.* 8. *n.* 14. & *ſeqq.* negat certe, Imperatores loqui de venditione quæ facta ſit ſub pacto cui non paruit emptor; ſed de venditore qui fundum exiguo pretio tranſtulit certæ rei contemplatione, emptoris meram fidem & nudam pollicitationem ſequutus: additque idem Faber, non, ut pacta conventa, ita & pollicitationes, bonæ fidei judiciis ineſſe: harum tamen, ſi contractui cauſam dederint, rationem perinde haberi, ut pactorum: quamquam non hactenus, ut ex contractu actio detur ad hoc quod in pollicitationem deductum fuit; ſed ne venditor qui emptoris fidem ſequutus, rem majoris pretii minore vendidit, impune circumveniatur. Ita Antonius Faber. ſed, quod cum bona ejus venia dixerim, ſubtilius, quam verius: nam res aliter ſuadet; etiam Rubrica reclamat: quæ pacta inter emptorem & venditorem compoſita clare præfert. Atque ut in his Antonio Fabro non aſſentior; ſic ut probem poſteriorem Accurſii Gloſſam, a me nondum impetro: quia nihil verius eſt, quam hanc eſſe venditionis ſubſtantiam, uti venditor pretium pro re habeat, neque adeo facile contracturum videri, niſi ei pretium, amplius, niſi certum pretium, promittatur. ſi tamen hoc emptor promittat, ſed non ſolvat; placet, quidem venditori adverſus emptorem ad pretii ſolutionem, ſed non ad traditæ rei reſtitutionem, ex vendito actionem dari *l.* 12. *C. de rei vindicatione. l.* 12. *C. de contrahenda emptione. l.* 14. *C. de reſcindenda venditione.* Quod ſi eſt; profecto vereor, ut ſerio dici poſſit, quod Accurſius ſuſpicatus poſteriore Gloſſa, cum de venditionis ſubſtantia pactum conventum eſt, hoc actum videri, ut, ſi non ſervetur pacti fides, res inempta ſit: denique ab emptione ac venditione ob id recedi poſſe. Quid ergo eſt? ſi, quod ſentio, dicam; non diſplicet mihi prior Accurſii Gloſſa: puto enim, Rimulo permitti fundi repetitionem, non aliam ob cauſam, quam quia clare pactus eſt, ſi emptor fidem fallat, fundum reſtitui. Qui potes? inquies, cum id pactum neque apud Imperatores exſtet, neque ab Accurſio, aut aliis Interpretibus, oſtendatur. Sed videamus, ne una litera verbi *conveniat* cum ei, tum cæteris, fraudi fuerit: qua dempta legendum.

Cum te fundum tuum certæ rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium tranſtuliſſe commemores, poterit tibi ea res non eſſe fraudi: quando non impleta promiſſi fide, dominii tui jus in ſuam cauſam reverti convenit. & reliqua.

Ita ſcribo *convenit*, id eſt, placuit, ſeu pactum conventum eſt: non ita, ut hactenus legitur, *conveniat*, id eſt, oporteat: *convenit*, inquam, in primis præeuntibus ita Imperatoribus, Diocletiano & Maximano, in *l.* 6. C. *de actionibus empti ac venditi.* Verba Imperatorum ſunt. *Venditi actio, ſi non ab initio aliud convenit, non facile ad reſcindendam venditionem, ſed ad pretium exigendum competit.* Ajunt Imperatores, venditi actionem, ſi ab initio nihil aliud convenit, tantum ad exigendum pretium dari; ſi convenit, etiam ad reſcindendam venditionem dari. Hactenus de ſcriptura & ſenſu *l.* 6. *C. de pactis inter emptorem & venditorem compoſitis.*

CAPUT III.

Ulpianus emendatus l. 13. §. 1. D.. de pigneratia actione vel contra; & contraria cujuſdam ſententia propoſita & refutata. Expoſita l. 19. C. de pignoribus & hypothecis, & l. 8. C. de pigneratitia actione.

Venio ad emendationem *l.* 13. §. 1. *D. de pigneratitia actione vel contra:* in qua viſa mihi cauſa ſimilis corrumpendæ ſcripturæ. Dixi ſane *lib.* 1. *cap.* 4. in ea eſſe unam literam quæ miſcuit optimam atque elegantem differentiam quæ a veteribus in pigneratitia & commodati actione circa culpæ diligentiæque præſtationem recepta fuit: ſcriptum enim.

Venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in commodato? venit cuſtodia: vis major non venit.

Scribendum vero.

Venit autem in hac actione & dolus & culpa; at in commodato venit & cuſtodia: vis major non venit.

Hoc quam vere dixerim, non exſpectabis, ego ut probem: cum ipſe in hunc non tantum ſenſum, ſed & modum, ſcribat Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. Commodati vel contra.*

Ubi utriuſque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in PIGNORE, *ut in ſocietate,* & DOLUS, & CULPA *præſtatur.* COMMODATUM AUTEM *plerumque ſolam utilitatem continet ejus, cui commodatur, & ideo verior eſt Quinti Mucii ſententia, exiſtimantis,* & CULPAM *præſtandam,* & DILIGENTIAM.

Habes Ulpiani definitionem: qua quid convenientius ſit Ulpiano a me emendato in *d.* §. 1. *l.* 13. nullus video: niſi hæ voces *autem* & *diligentia* aliter in *d.* §. 2. quam in *d.* §. 1. *at* & *cuſtodia* accipiuntur. Sed alterum vetat Paulus: qui cuſtodiam diligentiamque pariter uſurpat *lib.* 2. *Sent. tit.* 4. §. 3. cum, *Servus*, inquit, *vel equus ſi a latronibus, vel in bello, in aliam cauſam commodati occiſi ſunt, actio commodati datur: cuſtodia enim & diligentia rei commodatæ præſtanda eſt.* Alterum fides veri manifeſtius refellit, quam ut probari neceſſe ſit.

ſit. Tamen ſi quis vel hoc petet, ejus honoris cauſa apponam Gajum: qui cauſam pignoris & commodati ipſo verbo *at* diſtinguit in verbis iſtis *l.* 18. *D. eod. tit.*

> *In rebus* COMMODATIS *talis* DILIGENTIA *præſtanda eſt, qualem quiſque* DILIGENTISSIMUS *paterfamilias ſuis rebus adhibet: ita ut tantum eos caſus non præſtet, quibus reſiſti non poſſit, veluti mortes ſervorum, quæ ſine dolo & culpa ejus accidunt, latronum, hoſtiumve incurſus, piratarum inſidias, naufragium, incendium, fugas ſervorum, qui cuſtodiri non ſolent.* Et poſt. *Hæc ita, ſi duntaxat accipientis gratia commodata ſit res.* AT, *ſi utriuſque, veluti ſi communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam ſuſcepiſſes, & ego tibi argentum commodaverim, ſcriptum quidem apud quoſdam invenio, quaſi dolum tantum præſtare debeas: ſed videndum eſt, ne &* CULPA *præſtanda ſit;* UT ITA CULPAE FIAT AESTIMATIO, SICUT IN REBUS PIGNORI *datis, &* DOTALIBUS *æſtimari ſolet.*

Hæc cuique liquent; ſed illi qui ad Probabilia mea notas ſcripſit, non liquent. putat is, creditorem; accepto pignore, dupliciter obligari; primum, ne amittatur; deinde, ne deterius fiat: proinde ſi de culpa quæratur: intereſſe, utrum perierit pignus, an ſalvum ſit, ſed deterius factum: iſtic culpam tantum levem, illic, ut in commodato, etiam cuſtodiam, id eſt, culpam leviſſimam præſtandam eſſe: adeo idoneam eſſe Ulpiani ſententiam; Venit in hac actione & dolus, & culpa: venit & cuſtodia, ut in commodato: membrum obligationis unum culpæ, alterum cuſtodiæ, reſpondere. Sic ille: ſi vere; haud cauſam dico, quin temeraria ſit juſtæ ſententiæ emendatio. Sed experiamur, ne viderit in Ulpiano homo acutus, quod neque Ulpianus vidit, neque Veterum cuiquam in mentem venit: ſive enim de pignoris corruptione, ſive de amiſſione, agatur; ſepararunt hi commodatum a pignore; atque in altero culpam levem, in altero leviſſimam venire, indiſtincte arbitrati ſunt. Hoc ſenſu generaliter inſit Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. Commodati vel contra*, in pignore quidem dolum, & culpam, præſtari; in commodato autem & culpam præſtandam, & diligentiam: id eſt, (ut reſtitui in *d. l.* 13. §. 1.) at in commodato & cuſtodiam. Sed nominatim de amiſſo pignore & commodato diſſerit eum in modum Gajus in verbis ſupra adductis ex *l.* 18. *D. Commodati vel contra.* Addo, Diocletianus & Maximianus *l.* 9. *C. de pigneratia actione.* ubi ſic ſcribunt. *Cum adſeveras in horreis pignora depoſita, conſequens eſt, ſecundum jus perpetuum pignoribus debitori pereuntibus (ſi tamen in horreis, quibus & alii ſolebant publice uti, res depoſitæ ſint) perſonalem actionem debiti repoſcendi cauſa integram te habere.* Quæſtio Imperatoribus eſt de amiſſo, non de deteriorato, pignore; ne erres: negant tamen, creditorem pigneratitia actione teneri, ſi in deponendis pignoribus uſus ſit horreis quibus & alii ſolent publice uti in cuſtodiendis rebus ſuis. publice, inquam; & recte: fuerunt enim olim publica horrea in quibus bona ſua deponerent hi qui non haberent privatas cuſtodias: eorumque horreorum meminit Paulus *l.* 3. §. 2. *D. de officio Præfecti vigilum*, & Lampridius *in vita Alexandri c.* 39. ſic ſcribens. *Horrea in omnibus regionibus publica fecit, ad quæ conferrent bona ii, qui privatas cuſtodias non haberent.* Unde apparet, Imperatores, uti ſalvum pignus ſit, in creditore exigere diligentiam, non exactiſſimam, ſed communem: id eſt; hanc quæ levi culpæ, non eam quæ leviſſimæ opponitur: plane ſimiliter uti in eadem ſpecie Paulus in *l.* 14. *D. de pigneratitia actione vel contra.* Id ipſum tam evidenter; ut mirer, contrariam diſtinctionem potuiſſe homini in mentem venire.

Sed deceperunt eum hæc verba *l.* 12. *C. de pignoribus & hypothecis.*

> *Sicut vim majorem pignorum creditor præſtare non habet neceſſe, ita dolum & culpam, ſed & cuſtodiam exhibere cogitur.*

Vidit, in his fieri mentionem doli, culpæ, & cuſtodiæ; credidit autem, culpam accipi pro culpa levi, cuſtodiam pro accuratiſſima diligentia, & hanc leviſſimæ culpæ opponi, ſermonemque eſſe geminum ei qui extat in §. 1. *d. l.* 13. Hoc pro certo habuit; parum attendens, altero in loco tantum pignus exponi, in altero pignus cum commodato committi; & proinde alterum ad alterius intellectum male adduci. Sed quid eſt? mihi placet quod Accurſius ſcribit ad *d. l.* 19. in ea cuſtodiam ſumi pro diligentia, neque aliam, quam mediam, deſignari: id eſt, eam quæ levi culpæ comparatur: ita ſenſum eſſe, Teneri creditorem pigneratia actione; ſive id facit quod in rebus ſuis non ſolet facere bonus & diligens paterfamilias; ſive non facit id quod is ſolet facere. Hoc cum regulis juris conſentit, neque abhorret a Veterum loquutione: ex quibus unam apponam quæ eſt Pauli in re ſimili in *l.* 17. *D. de jure dotium.* Verba Pauli. *In rebus dotalibus virum præſtare oportet tam dolum, quam culpam; quia cauſa ſua dotem accipit: ſed etiam diligentiam præſtabit, quam in ſuis rebus exhibet.* Ait, virum in dote præſtiturum dolum & culpam, etiam diligentiam quam in ſuis rebus exhibet. conſtat tamen, ut pignus; ita dotem, accipientis dantiſque cauſa conſtitui: conſtat, creditorem in pignore, virum in re dotali, tantum ad dolum, culpam levem, diligentiamque mediam, teneri: conſtat utrumque ea gratia commodatario perinde opponi *l.* 5. §. 2. & *l.* 18. *D. Commodati vel contra.* Igitur ut Paulus, cum ait, virum in dote dolum & culpam præſtare, etiam di-

li-

ligentiam quam in rebus ſuis exhibet, de levi culpa & frugi hominis diligentia exaudiendus eſt; ut bene Accurſius in *d. l.* 17. quia cauſa ſua, id eſt, etiam ſua, non tantum uxoris, cauſa dotem accipit: ita Imperatores, cum in *d. l.* 19. volunt, creditorem dolum & culpam, ſed & cuſtodiam exhibere, non videntur aliam, quam levem, culpam, diligentiamque mediam, indigitaſſe: id eſt, ut idem Paulus ait *l.* 14. *D. de pigneratitia actione*, tantum ea quæ diligens paterfamilias in rebus ſuis præſtare ſolet, a creditore exegiſſe. Nec tamen, ut id addam, inferendum inde, Ergo & cuſtodiam cujus mentio fit apud Ulpianum §. 1. *d. l.* 13. ſimiliter accipi: nam cuſtodia pro contractuum natura, & ſubjecta ſpecie, aut levior aut major deſideratur; major autem in commodato, quam in pignore: porro ſi altera cum altera conferatur, levior fere pro cuſtodia non eſt; contra accuratior ſæpe, velut per excellentiam, cuſtodia appellatur; utraque tamen, ſi ad verum exigitur, æque cuſtodia dicenda eſt. Hoc (quamquam communi ratione, & loquentium uſu, intelligitur) operæ pretium erit exemplo uno aut altero confirmaſſe. Imperator §. 17. *Inſt. de obligationibus quæ ex delicto naſcuntur* ait, *Sed is apud quem res depoſita eſt, cuſtodiam non præſtat: ſed tantum in eo obnoxius eſt, ſi quid ipſe dolo malo fecerit, &c.* Negat Imperator, depoſitarium præſtare cuſtodiam: ſed ideo, quia non eam præſtat quam commodatarius aut fullo præſtat ibidem in præcedentibus paragraphis: depoſitarium enim alioquin ad cuſtodiam teneri, vel inde conſtat, quod depoſitum ad cuſtodiam comparatum eſt *l.* 1. *D. Depoſiti vel contra.* Rurſus Paulus *l.* 36. *D. de Actionibus empti ac venditi* ait, venditorem domus, dum eam tradat, cuſtodiam & diligentiam præſtare. Ulpianus quoque *l.* 1. §. 1. *D. de periculo & commodo rei venditæ*, venditorem, vino vendito, cuſtodiam ad diem præſtare: cuſtodia tamen utrimque aliter atque aliter ſonat: nam in iſta ſpecie plenam, qualis commodatarii eſt *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *D. eod. tit.* in illa communem & mediam, ſignificat *l.* 35. §. 5. *D. de contrahenda emptione.* Hæc quo? ut pareat, cuſtodiam diligentiamque pro contractuum natura, & ſubjecta ſpecie, majorem, aut minorem exigi; & hanc, ſi cum illa comparetur, prope pro diligentia cuſtodiaque non haberi: itaque *d. l.* 19. cum §. 1. *d. l.* 13. minime conjungendam eſſe: imo Ulpianum in *d.* §. 1. *l.* 13. ubi inſit,

Venit autem in hac actione & dolus, & culpa, at in commodato venit & cuſtodia: vis major non venit,

non hoc velle, in pignore nullam cuſtodiam venire: (id enim ſtultum foret, & veritate contractus refelleretur) ſed in eo dolum, & levem culpam venire; eaque ſive diligentiam ſive cuſtodiam mediam comprehendi; quam & Paulus indicat *l.* 14. *D. de pigneratitia actione:* in commodato autem venire etiam hanc quæ patrisfamilias diligentiſſimi atque accuratiſſimi eſt: ut bene Gajus *l.* 18. *D. Commodati vel contra, & l.* 1. §. 4. *D. de obligationibus & actionibus:* id eſt, eam quæ per excellentiam cuſtodia & diligentia Paulo appellatur *d. lib.* 2. *Sent. tit.* 4. §. 3.

Videntur tamen & hanc in pignore Philippus Auguſtus & Philippus Cæſar exigere verbis ſequentibus *l.* 8. *C. de pigneratitia actione vel contra.*

Si nulla culpa ſeu ſegnitia creditori imputari poteſt, pignorum amiſſorum diſpendium ad periculum ejus minime pertinet. Sane ſi ſimulata amiſſione etiamnum eadem pignora, ut adſeveras, a parte diverſa poſſidentur, adverſus eum experiri potes.

Sed id ſic exaudies, quaſi ſit: Si non poteſt creditori ea imputari culpa quam cogitur jure civili præſtare. Nulla enim creditoris culpa eſt, ſi non ea ſit ad quam tenetur, etſi alia & levior oſtendatur. Poſſis etiam dicere, ad factum, quod Libello comprehenſum fuit, ibi reſcriptum eſſe: non jus certum & generale traditum eſſe. Atque ita eſt: dixerat debitor, creditorem pignoris reſtitutionem recuſare prætextu amiſſionis quæ ſine ejus culpa accidiſſet; ſed hanc ſimulatam eſſe. Hæc facti ſpecies: ad quam ita Imperatores: Si, ut prætendit creditor, nulla ei culpa imputari poteſt, pignorum amiſſorum diſpendium ad ejus periculum non pertinet. ſane, ſi eadem pignora, ut tu adſeveras, ab eo ſimulata amiſſione poſſidentur, adverſus eum experiri potes. Hæc Imperatores? ſed quia ad facti ſpeciem, inde ad generale & certum jus non infertur recte. Similis reſponſio fit ad *l.* 5. *C. eod. tit.* quam mihi ſimiliter video objici. Cætera refutare piget.

CAPUT IV.

Celſus ex conjectura emendatus priore parte l. ult. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta.

Celſus *l. ult. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta.*

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis eſt? an nulla hic alia obligatio eſt, quam ob rem dati re non ſequuta? In quod proclivior ſum. & ideo ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum eſſe Stichum, ſed te tamen eum tradi-

diſſe: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris. & rurſus, ſi tuus eſt Stichus, & pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere poſſim.

Digna res animadverſione eſt, cur Celſus, data pecunia, ut Stichus daretur, potius ſcribat, eſſe contractum ob rem dati, quam emptionem & venditionem: nam contra teſtatur Paulus, ſi pecuniam dem, ut rem accipiam, emptionem & venditionem eſſe: ſin rem do, ut rem accipiam, rerum permutationem eſſe, non emptionem & venditionem *l.* 5. §. 1. *D. de præſcriptis verbis.* Scio, Accurſio ſedet, pecuniam quantitate, aut corpore, æſtimari: & quantitate quidem, cum numerata datur: corpore vero, cum loco definita datur; ut ea quæ in arca eſt: argumentumque eſſe in *l.* 108. §. 10. *l.* 30. §. *pen. l.* 51. *D. de legatis lib.* 1. proinde referre, qua mente, quaque forma pecunia detur: nam ſi, ut quantitas, datur, emptionem contrahi: ſin ut corpus, non aliam intelligi obligationem, quam ob rem dati re non ſequuta: alterum Paulum *d. l.* 5. §. 1. alterum Celſum *d. l. ult.* indigitare. Hoc Accurſius. idem multi clari atque eruditi homines opinantur. Sed mihi diſplicet: quia Paulus *l.* 1. *D. de contrahenda emptione* inſit, pecuniam, poſtquam percuſſa eſt forma publica, uſum ſui dominiumque non tam ex ſubſtantia, quam ex quantitate, præbere: nec ultra utrumque mercem, ſed alterum pretium, appellari: id vero ſi eſt: quæſo, an cauſa ſit, cur putetur Celſus, *pecunia data, ut Stichus daretur*, pecuniam magis pro merce, quam pro pretio accepiſſe, & ad primam ac rudem rerum originem a plana ac recepta diſtinctione rediiſſe? Sed non puto, eſſe: maxime cum ſcribat Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. de contrahenda emptione*, tamquam in re certa atque explorata, *Hujuſmodi emptionem, quanti tu eum emiſti, quantum pretii in arca habeo, valere, nec incertum pretium eſſe, tam evidenti venditione.* Quamquam ſit ita, uti volunt viri eruditi, pecunia data quæ in arca eſt, magis corpus datum eſſe, quam pretium: quid id ad Celſum? nam ſimpliciter is, *Dedi tibi*, inquit, *pecuniam, ut mihi Stichum dares*; perinde ut Paulus *l.* 5. §. 1. *D. de præſcriptis verbis* ait, *Siquidem pecuniam dem, ut rem accipiam*: non autem videtur cuiquam apud Paulum data pecunia quæ in arca eſt; non etiam dubium cuiquam eſt, quin ibi pecunia pro pretio ſit, & emptio venditio contrahatur: cur igitur aliud fingimus apud Celſum; apud quem ſermonis par aut idem tenor?

Inquies, quia pecunia proponitur data eſſe, ut mihi Stichum dares, id eſt, ut Stichum meum faceres: non vero conſequens eſt emptioni & venditioni, ut venditor rem emptoris faciat: ſed ut ei vacuam rei poſſeſſionem tradat, & præterea caveat, eam ſine interpellatione habere & obtinere licere, dolumque malum abeſſe abfuturumque eſſe *l.* 11. §. 1. & 2. *l.* 30. §. 1. *l.* 13. §. 21. *D. de actionibus empti & venditi. l.* 25. §. 1. *D. de contrahenda emptione.* Sed & hæc opinio tantum abeſt, ut mihi probetur, ut vix videatur habere colorem ſanæ diſputationis. Arridet tamen & ipſa Accurſio, etiam aliis, & his magnis viris. At ſi verum eſt quod illi putant, hanc conventionem, *ut detur*, apud Celſum excludere conjecturam initæ emptionis & venditionis: profecto longe eſt, ut ob eam permutatio quoque apud Celſum facta videri poſſit: nam, quod ad dationem attinet, eadem eſt ratio utriuſque contractus: neque magis oportet rem accipientis fieri ex cauſa permutationis, quam ex cauſa emptionis & venditionis: ut Paulus teſtatur *l.* 1. *pr. D. de rerum permutatione*; utrumque contractum ſibi invicem hac in parte comparans. quin neque illud verum eſt, quod illi ſtatuunt, venditorem numquam obligari ad dandum. nam etſi fatear, re ſimpliciter vendita, tantum actum videri, ut emptori liceat rem habere ſine interpellatione, eoque nomine illi de evictione cautum ſit: tamen cum palam actum eſt, ut res emptori detur, in eumque ejus dominium tranſeat ex jure Quiritium; nil cauſæ venditori eſt, cur minus & id præſtet, & de evictione caveat. Sed hoc jam pridem oſtendi ſupra *libro 2. cap. ult.* Itaque apparet, pactum de dando neque adverſari naturæ emptionis & venditionis, neque eſſe impedimento, quo minus, pecunia data, ut Stichus detur, emptio venditio dicatur. Negat tamen Celſus, ea in ſpecie aliam eſſe obligationem, quam ob rem dati re non ſequuta. Non inficior, id me diu multumque exercuiſſe; ſed tandem acceſſi ſententiæ conjicientium, pecuniam pro merce fuiſſe apud Celſum in *d. l. ult.* id vero non ideo ei fuiſſe viſum, quod pecunia quæ in arca erat, pro re data eſſet; ſed quia peregrina pecunia pro re eſſet data. quod enim pecunia uſum ſui dominiumque non tam ex ſubſtantia præbet, quam ex quantitate, hoc Paulus *l.* 1. *D. de contrahenda emptione* tum probat; cum percuſſa eſt forma publica: (quo ſenſu apud Quintilianum legitur *lib.* 1. *Inſt. orat. c.* 6. *Utendum plane ſermone, ut numo cui publica forma eſt.* Et Seneca *lib.* 5. *De beneficiis c.* 13. *Æs*, inquit, *alienum habere dicitur & qui aureos debet, & qui corium forma publica percuſſum, quale apud Lacedæmonios fuit, quod uſum numeratæ pecuniæ præſtat*) at in peregrina pecunia Paulus non idem probat. imo de nummo victoriato ſic ſcribit Plinius *lib.* 33. *Hiſtoriæ naturalis c.* 3. *Qui nunc victoriatus appellatur, lege Clodia percuſſus eſt; antea enim hic nummus ex Illyrico advectus mercis loco habebatur.* Amplius, Voluſius Mæcianus, is quem Divi Fratres *l.* 17. *D. de jure patronatus* vocant ſuum amicum, & juris civilis præter veterem & fundatam peritiam anxie diligentem? is, inquam, Voluſius Mæcianus, *Diſtribu-*

tio-

Digitized by Google

tione de aſſe inſit. *Victoriatus nummus tantundem valet, quantum quinarius olim, ac peregrinus nummus loco mercis, ut nunc tetradrachmum & drachma, habebatur.* Igitur liquet, Veteres, peregrina pecunia pro Sticho data, non pecuniam pro merce, ſed mercem pro merce, datam credidiſſe: & ideo hunc contractum magis pro rerum permutatione, quam pro emptione & venditione accepiſſe. Quid id ad Celſum? inquies. num apud eum ulla veſtigia peregrinæ pecuniæ, an quod in peregrina jus fuit, hoc ut ad publicam & uſitatam pecuniam transferatur, rationum conſequentia efficitur? non puto. Quid ergo? Celſo male eſſe ex levi vulnere. Scriptum erat, *dedi tibi pe. pec. ut mihi Stichum dares*; vel, *dedi tibi peg. pec. ut mihi &c.* Utrumque idem valebat, ut conſtat ex Notis Veterum; & volebat, *dedi tibi peregrinam pecuniam, ut mihi &c.* Sed imprudentior Librarius, cum arbitraretur, ſyllabam temere repetitam eſſe, tantum *pecuniam* ſcripſit, omiſſo verbo *peregrinam*. hoc reſtitue, & bene habebit Celſus: tolle, & vix erit, ut a culpa lata, nedum calumnia, excuſetur: qui non quæſiverit modo id quod omnibus in confeſſo fuit, pecunia pro Sticho data, utrum emptio venditio eſſet, an alia obligatio; ſed in iſtam quoque ſententiam ſe procliviorem dixerit, contra omnium placita. Idcirco, ſi quis volet vulgatam lectionem tueri, is viderit, ne dum illi nimium inſervit, Juriſconſulti famam ac fidem offendat.

CAPUT V.

1. *Celſus declaratus parte altera l. ult. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta.* 2. *& Paulo l. 5. §. 1. D. de præſcriptis verbis conciliatus.*

1. Sequitur altera pars *l. ult. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta*, in qua mirum eſt, eur Celſus, poſtquam dixit, data tibi pecunia, ut mihi Stichum dares, non eſſe emptionem & venditionem, ſed obligationem ob rem dati re non ſequuta, ideo opinetur, ſi Stichus mortuus ſit, me hoc repetere poſſe quod idcirco tibi dedi, ut mihi Stichum dares: nam e diverſo ſcribit Paulus, ſi tibi dedi ſcyphos, ut mihi Stichum dares, periculo meo Stichum fore, ac te dumtaxat culpam præſtiturum *l. 5. §. 1. D. de præſcriptis verbis.* Quod ſi eſt; videtur eadem eſſe ratio contractus, do ut des, quæ eſt emptionis & venditionis, aliter ac Celſus definivit *d. l. ult.* Sed videamus, ne inſignis differentia ſit inter utrumque contractum: emptio enim & venditio perficitur, ſimul ac de re & pretio convenit: & ideo, ſive quid datum ſit, ſive nihil datum ſit, modo conſenſum ſit, emptio & venditio dicitur, ſtatimque competit actio ex empto & vendito ad conſummationem ejus contractus: ad dati autem repetitionem neque illa competit, neque condictio ob cauſam dati cauſa non ſequuta *l. 12. C. de contrahenda emptione. l. 3. l. 7. l. 14. C. de reſcindenda venditione.* At contractus, do ut des, demum proficiſcitur a re data; atque inde datur actio incerta præſcriptis verbis; datur etiam condictio ob rem dati re non ſequuta: illa urget contractus conſummationem: iſta dati repetitionem, & hanc non tantum tum, cum tu ceſſas dare, ſed & tum, cum me dati pœnitet *l. 3. §. 2. & 3. item l. 5. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta.* Hæc cur tam varie? quia quidquid in emptione & venditione datur poſt conſenſum de re & pretio, datur perfecta emptione & venditione: denique ſolvitur quaſi debitum: & ideo neque dati repetitio eſt, & tantum actio ex empto aut vendito competit ad complementum ejus contractus. at qui in contractu, do ut des, dat, neque debitum dat, neque ut ſe obliget, aut liberet: ſed ut alterum obſtringat ſibi: proinde apparet, illi præter actionem præſcriptis verbis ad id quod intereſt, etiam dati condictionem eſſe, ſive quia res ſequuta non eſt, ſive quia eum dati pœnitet *l. 3. §. 2. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta.* Fuerit tanti, quo res clarior fiat, de utraque ejus actionis cauſa paulo diſtinctius dixiſſe. Prior cauſa ex qua condictio ob rem dati indulgetur, eſt, quia res ſequuta non eſt, ſive cum poſſet ſequi, ſive cum non poſſet propter moram aut culpam tuam: & illo quidem caſu, ne ego cujus tu fidem fallis, damnum patiar per te cui rem meam dedi, ut mihi tuam dares, cum non eſſem obligatus tibi: hoc autem caſu mihi datur condictio: quia, cum culpa tua aut mora factum eſt, ne contra poſſis dare, non niquum eſt, ſi eam tibi potius, quam mihi imputes. Cæterum ſi ea res quam mihi dare debuiſti, præter tuam culpam aut moram periit fortuito caſu; tunc, quia per te non ſtat, quo minus eam mihi des, neque adeo eſt, quod imputetur tibi, condictio ceſſat hac ex cauſa. Sed dati condictio mihi datur non tantum tum, quum tu ceſſas dare; verum etiam tum, quum me pœnitet qui rem dedi tibi, ut mihi aliam dares; neque hic intereſt, utrum ſteterit per te, quo minus mihi dares, an per te non ſteterit: nam mihi ſufficit, condictionem neque in hoc, neque in illo, caſu ulla obligatione mea inhiberi. Igitur ſi res quæ mihi danda fuit, ſine mora aut culpa tua periit fortuito caſu, etſi per te non ſteterit, quo minus eam dares, & adeo mihi condictio denegetur ex priore cauſa, ſcilicet quia res ſequu-

ta non eſt, tamen ex cauſa pœnitentiæ non denegabitur: ut clare liquet ex *l. 5. pr. & §. ult. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta*. Atque hoc Celſus vult in *d. l. ult.* cum infit, *Et ideo, ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares:* reſpicit enim ad condictionis partem illam quæ pœnitentia nititur, atque ex hac uſum invenit. Sic, ſi res ſecuta non ſit. Quod ſi ſecuta ſit, ſed aliter, quam oportuit, ut ſi, cum propria danda eſſet, aliena data ſit, aut propria quidem, ſed is qui debet dare, non caveat pro evictione? Et eo caſu, quamquam ſecuta res eſt, tamen quia ſecuta eſt aliter, quam oportuit, pœnitentiæ locus erit, & ex ea condictio dabitur ex ſententia Celſi. Quid ergo eſt? apparet, differentias emptionis & permutationis in *d. l. ult.* tres adferri. prima eſt, quod, ſi mortuus eſt Stichus, antequam mihi datus eſſet, pecuniæ datæ mihi repetitio eſt: quia etſi per te non ſteterit, quo minus dares; tamen, quamdiu non dediſti, eſt mihi jus pœnitentiæ: at in emptione & venditione, poſtquam conſenſum eſt de re & pretio, jus pœnitentiæ non eſt. altera differentia eſt, quod, ſi alienus Stichus eſt, ſed tu eum tradidiſti, adhuc, quia non dediſti, etſi tradidiſti, tamen ex pœnitentia a te repetam id quod tibi ideo dedi, ut mihi Stichum dares: quod item aliter obſervatur in emptione & venditione. tertia differentia eſt, quod ſi tuus Stichus eſt, & pro evictione ejus promittere non vis, ſimiliter verius eſt, ex cauſa pœnitentiæ mihi fore dati condictionem: quia oportet te non tantum dare, ſed & cavere pro evictione, pariter ut in emptione & venditione: in qua tamen quia & condictio, & pœnitentia ceſſat, differentia tertia eſt. Expoſui Celſum in *d. l. ult.*

2. Venio ad Paulum in *d. l. 5. §. 1. D. de præſcriptis verbis:* qui cum ait, *Si tibi ſcyphos dedi, ut mihi Stichum dares, periculo meo Stichum fore, ac te duntaxat culpam præſtare debere:* ſpectat, opinor, ad actionem præſcriptis verbis: quæ mihi competit adverſus te, cum vel potes mihi Stichum dare, vel culpa aut mora tua feciſti, ne poſſis; verum, cum Stichus periit ſine culpa & mora tua, mihi non competit: igitur, ſi reſpicias ad hanc actionem, veriſſime infit Paulus, periculo meo Stichum fore, ac te dumtaxat culpam præſtare debere: quia hac actione neque eum petere poſſum, neque id quod mea intereſt, illum mihi datum eſſe. Idem dicendum eſt, ſi reſpicias ad condictionem ob cauſam dati cauſa non ſequuta; dum agatur ex illa parte, quod res ſequuta non eſt: nam nec ex ea agi poteſt; ſi caſus fortuitus Stichum ſuſtulit ſine culpa aut mora tua: quia per te non ſtetit, quo minus dares, nec eſt quod tibi imputetur: igitur in hoc quoque caſu placet quod Paulus ait, periculo meo Stichum fore, ac te dumtaxat culpam præſtare debere. Hæc (opinor) Paulus definit in *d. l. 5. §. 1.* ſed hæc tantum, & nihil præterea. non igitur ſic debet accipi, quaſi neget mihi ſcyphorum condictionem etiam ex capite pœnitentiæ, ideo quod eam negat mihi ex eo capite, quod res ſequuta non eſt: nam & diverſa hæc capita ſunt, neque Paulus ibi de pœnitentia aut ſenſit quid aut dixit: igitur nec debet ad hanc extendi: utique non magis, quam Ulpianus in *l. 3. §. 3. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta:* apud quem verſus, *Sed ſi Stichus deceſſerit &c.* plane ſimiliter intelligendus eſt: id eſt, tantum de ea condictionis parte quæ uſum invenit ob rem non ſequutam, non etiam de illa quæ habet locum ex cauſa pœnitentiæ: prorſus perinde, ac ſi in fine ejuſdem loci poſt hæc verba, *Proculus ait, ſi poſt id temporis deceſſerit, quo manumitti potuit, repetitionem eſſe; ſi minus, ceſſare*, ſequerentur illa verba, *niſi pœniteat*, pariter ut in verbis præcedentibus: id enim & connexio oſtendit, & ratio quam ſupra attuli, ſed in primis ipſe Ulpianus *l. 5. D. eod. tit.* cujus verba adſcripſi. *Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas. deinde parato TIBI ad proficiſcendum CONDITIO TEMPORIS vel VALETUDINIS IMPEDIMENTO fuerit, quo minus proficiſcereris: an condici poſſit, videndum? ET, CVM PER TE NON STETERIT, poteſt dici REPETITIONEM CESSARE. SED CVM LICEAT POENITERE EI, QVI DEDIT, PROCVL DVBIO REPETETVR id, quod datum eſt. Niſi. & reliqua.* Eodem pertinent in *§. ult.* ejuſdem loci verba hæc: *Enimvero ſi nihil eorum facturus, ipſi adhuc ſervum dicimus obiſſe, decederet enim & ſi non accepiſſet, ut manumitteret.* Quæ obſervanda ſunt: ſimul, apparere ex his, quemadmodum accipiendus ſit tenor *l. pen. C. de condictione ob cauſam datorum.*

CAPUT VI.

Lacuna expleta apud Paulum l. 7. D. de nautico fœnore.

Pauli vitium ſit, an Librarii, haud definio: vitium certe eſt in his verbis *l. 7. D. de nautico fœnore.*

In quibusdam contractibus etiam uſuræ debentur, quemadmodum per ſtipulationem. Nam ſi dedero decem trajectitia, ut ſalva nave ſortem cum certis uſuris recipiam, dicendum eſt, poſſe me ſortem cum uſuris recipere.

Deſunt verba *ex pacto:* adjice, & lege.

In quibuſdam contractibus etiam ex pacto uſuræ debentur, quemadmodum per ſtipulationem. & reliqua.

Sen-

Senſus Pauli, Uſuras in quibuſdam contractibus etiam ex pacto deberi, quemadmodum alioquin debentur per ſtipulationem: vel, quod idem, uſuras in quibuſdam contractibus æque ex pacto deberi, atque ex ſtipulatione. Quod & ſequentibus Pauli verbis reſpondet, & iſtis Scævolæ: *In hiſce autem omnibus & pactum ſine ſtipulatione ad augendam obligationem prodeſt l. 5. §. 1. D. eod. tit.* Item his Pauli *l. 30. D. de uſuris. Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus uſuræ creditarum ab eis pecuniarum.* Et Imperatorum *l. 12. C. eod. tit. Frumenti vel hordei mutuo dati acceſſio etiam ex nudo pacto præſtanda eſt.*

CAPUT VII.

1. *Pœna legis Corneliæ de ſicariis puniri latrocinium, ſive homicidium dolo malo factum.* 2. *Non id quod in rixa fortuita atque improviſa contigit ſubito impetu.* 3. *Variæ lectiones l. 1. §. 3. D. Ad legem Corneliam de ſicariis.* 4. *Interpretatio prioris partis ejuſdem loci.* 5. *Pars poſterior emendatur.* 6. *Tentatur ejus interpunctio in Titulo. 1. Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.* 7. *Eadem pars poſterior exponitur: ſimul, quid juris ſit, ſi homo impetu in rixa fortuita, aut per laſciviam occiſus ſit.*

1. Lege Cornelia quam de ſicariis tulit Lucius Cornelius Sylla, cautum fuit de pœna ejus qui hominem occiderit, aut hominis occidendi, furtive faciendi, cauſa cum telo ambulaverit. Ea pœna fuit interdictio aquæ & ignis cum omnium bonorum ademptione. Ei ſubſtituta poſt deportatio cum omnium bonorum ademptione, præſertim adverſus eos qui altioris dignitatis eſſent; qui autem in ſecundo gradu conſiſterent, hos placuit capite puniri; humiliores vero vel beſtiis ſubjici, vel in crucem tolli *l. 3. §. pen. & l. 16. D. Ad legem Corneliam de ſicariis. Paulus lib. 5. Sent. tit.* 21. Sed utcumque ſe ea pœna habuit; fuit hæc legis Corneliæ ratio, homicidium perſequi, non qualecumque, ſed a ſciente dolo malo factum: neque igitur alium pro homicida habere, quam latronem. Fuerit argumentum, quod ea lex, quia ſicarios coërcet, Cornelia de ſicariis appellatur. illi autem qui ſunt, niſi latrones, habentes ſub veſte ſicas, ſive parvos atque incurvos gladios quibus homines non modo in tenebris aut ſolitudine, (quas latrones alioquin quærere abſcondendo ſceleri, notant Seneca *lib. 3. De ira c.* 19. & Plinius *Paneg. c.* 34.) ſed etiam in turba, & mero die, utcumque per inſidias, & non opinantes occidunt: ut optime oſtendit V. CL. Barnabas Briſſonius, *lib. 2. Select. antiq. c.* XI. Porro etſi non negem, idem verbum per abuſionem etiam extendi ad omnes qui cædem quocumque teli genere commiſerint, auctore Quintiliano *lib.* 10. *Inſt. orat. c.* 1. non tamen ad alios interpretando porrigitur, quam qui cædem ex propoſito & voluntate commiſiſſe dicuntur. Eique rei vel illud indicio eſt, quod Paulus *l. 7. D. Ad legem Corneliam de ſicariis* ſcribit, *In lege Cornelia dolum pro facto accipi; nec in hac lege culpam latam pro dolo haberi.* Hoc enim quid ſignificat, præterquam lege Cornelia quidem conſilium ac voluntatem, non autem imprudentiam, ſeu culpam, ne latam quidem, coërceri? Atque id non modo Paulus, ſed plerique etiam Veteres teſtantur: cum ajunt, homicidium quod ſponte & dolo malo, quod conſulto & voluntate, factum eſt, demum lege Cornelia de ſicariis vindicari *l. 16. D. & l. 1. C. eod. tit. & tot. Tit. 1. Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.* Adeo, quod ad hanc legem attinet; homicidium latrocinio finitur; & quæ pœna homicidii, ea latrocinii videtur; atque ut homicidæ, ita latrones, aut deportantur, aut capite puniuntur, aut beſtiis objiciuntur, aut in crucem tolluntur. Ne res probatione egeat, teſtem pœnæ deportationis habeo Marcianum *l. 5. D. de lege Pompeja de parricidiis:* qui refert, D. Hadrianum in inſulam deportaſſe quemdam, quod in venatione necaverat filium qui novercam adulterabat: & addit cauſam pœnæ, quod magis latronis, quam patris, jure eum interfecerat: id eſt, quod cum non tamquam pater occiderat jure patriæ poteſtatis; ſed tamquam latro, quærens opportunitatem venationis & ſolitudinis. Habes deportationem: crucem & beſtias quæris. De illa Seneca, *Epiſt. 7. ad Lucilium*, verbis ſequentibus. *Latrocinium fecit aliquis. Quid ergo? meruit, ut ſuſpendatur. Occidit hominem: qui occidit, ille meruit, ut hoc pateretur.* Petronius quoque in *Satyrico.* Verba Petronii. *Cum interim Imperator provinciæ latrones juſſit crucibus affigi.* Utriuſque pœnæ, id eſt, & crucis & beſtiarum, meminit Calliſtratus *l. 28. §. 15. D. de pœnis: Famoſos*, inquiens, *latrones in his locis, ubi graſſati ſunt, furca figendos compluribus placuit: nonnulli etiam ad beſtias hos damnaverunt.* Beſtias & furcam vides; crucem non vides: ſed quia Tribonianus, quod obſervavit V. CL. Jacobus Cujacius, pro cruce furcam ſubſtituit: ſublata jam a Conſtantino crucis pœna. Niſi furca figi apud Calliſtratum dicitur pro cruci figi: ut patibulo affigi pro cruci affigi, apud Trebellium Pollionem in *Triginta tyrannis, vita Celſi in f. p.*

327. *Novo injuriæ genere imago* (Celſi) *in crucem ſublata, perſultante vulgo, quaſi patibulo ipſe Celſus videretur affixus.* Similiter Juſtinus de Bomilcare *lib.* 22. *Ob quam noxam in medio foro a Pœnis patibulo ſuffixus eſt. Sed Bomilcar magno animo crudelitatem civium tulit: adeo ut de ſumma cruce, velut de tribunali, in Pœnorum ſcelera concionaretur.* Imo Plinius *lib.* 29. *Nat. hiſt. c.* 4. dixit, *in furca figi* pro *cruci figi.* Verba Plinii. *Supplicia annua canes pendunt inter ædem Juventutis & Summani, vivi in furca ſambucea arbore fixi.* Id eſt, patibulo ex ſambucea arbore: ut Salmaſius exponit *De cruce p.* 415. Apud Feſtum. *Sunt furcillæ, quibus homines ſuſpendebant.*

2. Inquies, quo hæc pertinet præparatio? nempe, ut oſtendam, homicidium in lege Cornelia ſignificare id quod conſulto & deliberato, ſeu integra voluntate, factum eſt: non quod in rixa fortuita atque improviſa contigit ſubito impetu; hoc eſt, qua imprudentia, ſine conſilio, ſine voluntate, ſaltem integra: idque indigitari Reſcripto Imperatoris Hadriani cujus verba apud Marcianum *l.* 1. §. 3. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficis* hæc ſunt.

> *Divus Hadrianus reſcripſit, eum, qui hominem occidit, ſi non occidendi animo hoc admiſit, abſolvi poſſe: & qui hominem non occidit, ſed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum: & ex re conſtituendum hoc. nam ſi gladium ſtrinxerit, & in eo percuſſerit: indubitate occidendi animo id eum admiſiſſe. Sed ſi clavi percuſſit, aut cuccuma in rixa: quamvis ferro percuſſerit, tamen non occidendi animo, leniendam pœnam ejus, qui in rixa cauſa magis, quam voluntate homicidium admiſit.*

3. Ita Florentiæ legitur. apud Accurſium vero editur *clava.* Sed placet *clavi:* quia & Scholiaſtes Græcus hoc verbum ſervat *Baſilic. lib.* 60. *tit.* 39. Scholio ad hunc locum. Etiam propior ea lectio ab illa, *ſic lapide percuſſit aut cuccuma,* quæ in eodem Reſcripto eſt apud Ulpianum *ſub. Tit.* 1. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.* Illud non improbem quod Accurſius pro *qui in rixa cauſa magis, quam voluntate homicidium admiſit,* quæ eſt ſcriptura Florentini codicis, ſcribit, *qui in rixa caſu magis, quam voluntate homicidium admiſit.* nam hanc probat non modo Græcus Scholiaſtes, ſed etiam Ulpianus *d. Tit.* 1. cum inſit, *Diſtinctionem caſus & voluntatis in homicidio ſervari, reſcripto Hadriani confirmatur.* Quid? quod ipſe Hadrianus alibi *d. Tit.* 1. ſimiliter ait, *Referre & in majoribus delictis conſulto aliquid admittatur, an caſu.* Verum ad rem.

4. Ait Marcianus, Hadrianum reſcripſiſſe, homicidium lege Cornelia tantum animo cenſeri, non etiam exitu: animum vero ex re, id eſt, ex cauſa *l.* 28. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam,* ex facto *l.* 1. §. 2. *D. de doli mali & metus exceptione,* ſive ex circumſtantiis, intelligi. hoc Hadrianum duobus exemplis oſtendiſſe: primum eſſe, *Si gladium ſtrinxerit, & in eo percuſſerit. In eo* dixit pro *eo:* uſitata locutione quam Salmaſius indicavit ad Trebellii Pollionis *Triginta tyrannos, ad finem Titi p.* 344. *col.* 1. Cui ego illud addo ex Apuleji *lib.* 3. *De aſino aureo. At illi barbari prorſus & immanes homines neque fugam capeſſunt, & cum me viderent in ferro, tamen audaciter reſiſtunt.* Tum in primis hoc ex Ambroſio *lib.* 1. *De interpellat. Job. c.* 1. *pag.* 604. *col.* 2. *Chaldæi impoſuerunt tres turmas & circuierunt camelos & captivos tulerunt eos, & pueros interfecerunt in gladiis.* Ait igitur Hadrianus, *Si* (quis) *gladium ſtrinxerit, & in eo percuſſerit, indubitate occidendi animo id eum admiſiſſe.* Quod ſic accipe, Si gladium ultro ſtrinxit: & hoc occiſum ſponte aggreſſus eſt more latronis: non ſi impetu fecit in rixa fortuita atque improviſa. Argumentum mihi, quod hujus impetus vel rixæ ab Hadriano hoc in verſu mentio nulla fit? cum in ſequente verſu bis fiat. porro ſi ea rixa, ſimul ſubitus atque improviſus animi motus, liquet: non videtur gladius integrare voluntatem cui impetus derogat, & mentis occœcatio adverſatur: ut Cicero cenſet in *Topicis,* cum ſic infit. *Cadunt in ignorantiam, atque imprudentiam perturbationes animi: quæ quanquam ſint voluntariæ, objurgatione enim atque admonitione dejiciuntur, tamen habent tantos motus, ut ea, quæ voluntaria ſunt, aut neceſſaria interdum, aut certe ignorata videantur.* Sic Cicero: ſed & ipſe ſive Hadrianus, ſive Marcianus, in fine *d.* §. 3. ſcribens, *Leniendam pœnam ejus qui in rixa caſu magis: quam voluntate homicidium admiſit.* Animi enim perturbationem quam rixa movit, ab occidendi voluntate quam lex Cornelia punit, apertè diſcernit. Apertius tamen is *l.* 11. §. 2. *D. de pœnis* ait, *Delinqui aut propoſito, aut impetu, aut caſu: propoſito delinquere latrones, qui factionem habent: impetu autem, cum per ebrietatem ad manus, aut ad ferrum venitur: caſu vero, cum in venando telum in feram miſſum hominem interfecit.* Ita Marcianus: prorſus, etſi ferrum intervenit, impetum a propoſito, vel, quod idem, a dolo ac voluntate, ſeparans. Non igitur ferrum, ſeu gladius, ſive Hadriano, ſive Marciano, ſemper atque indiſtincte eſt pro indicio cædis dolo aut propoſito admiſſæ: ſed tum, ſi homicidium gladio factum arguitur, neque impetus, neque rixa, paret. Hoc adeo verum eſt, ut ſi quis contra putet, homicidium tantum a teli genere diſtinguendum eſſe, is etiam eum qui cum gladio eſt qualemcumque ob cauſam, hominis occidendi cauſa cum gladio eſſe, & ideo lege Cornelia teneri, arbitrari debeat: illa enim lex illum qui hominem dolo malo occidit, & hunc qui hominis occidendi cauſa cum telo fuit, pariter perſequitur. Sed hoc quam non modo

fal-

falſum, ſed etiam ineptum ſit, Ulpiani, Ciceronis & Quintiliani, teſtimonio conſtat: quorum Ulpianus lib. 7. De officio Proconſulis, ſub Titulo De Sicariis & Veneficis, de capite ſcribens primo, *Hæc*, inquit, *lex non omnem, qui cum telo ambulaverit, punit, ſed eum tantum, qui hominis necandi, furtive faciendi cauſa telum gerit, coërcet, compeſcit. Tit.* 1. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.* Cicero autem *Pro Milone. Etſi perſapienter & quodammodo tacite dat ipſa lex poteſtatem defendendi, quæ non modo hominem occidi, ſed eſſe cum telo hominis occidendi cauſa vetat: ut, cum cauſa, non telum quæreretur, qui ſui defendendi cauſa telo eſſet uſus, non hominis occidendi cauſa habuiſſe telum judicaretur.* Quintilianus etiam *Declam.* 17. *Ita*, inquit, *parricidæ argumentum eſt & hoc ipſum quod habuiſti venenum. Omnibus, Judices, quibus ad ſcelerum conatus adjuvatur deteriorum quotidie fœcunda mortalitas, non hanc ſolam potentiam natura conceſſit, in quam malis mentibus & nocentium ducuntur ingeniis; ſed illis uſus ex animo eſt, totumque quod faciunt, de conſcientia poſſidentis accipiunt. Quid enim, ſi latronem gladio tantum probes? Sic munimus & ſomnos. Excute peregrinantium ſinus: hærent tela ſollicitis. Non vetant iſta leges parare, proſpicere: nec inſtrumenta prohibent, ſed æſtimant uſus.* Tantum de priore Hadriani exemplo.

5. Sequitur alterum in his verbis: *Sed ſi clavi percuſſit, aut cuccuma in rixa: quamvis ferro percuſſerit, tamen non occidendi animo, leniendam pœnam ejus; qui in rixa caſu magis, quam voluntate homicidium admiſit.* Quid in his velit id, *quamvis ferro percuſſerit*, non intelligo: nam ante facta fuit cuccumæ mentio; cuccuma vero eſt genus vaſis inſtar cucumeris, ſive ex ferro ſit, ſive ex alia materia, ut ex ære, aut luto, ſeu terra: ſicut in *Memoralibus* annotavit Catellianus Cotta. Quamquam demus, cuccumam eſſe ex ferro: quid poſtea? an eo, quod eſt ferrum, vel ex ferro factum, hoc ſi alius percutitur, & occiditur, ſemper atque indiſtincte poteſt probari occidendi animus? non dices: nam & gladius ex ferro eſt: is tamen ſi in rixa ſtrictus eſt, & eo cædes facta; non utique occidendi animo cædes facta intelligitur. cui rei igitur illa adjectio, *quamvis ferro percuſſerit*? utrum lex Cornelia de ferro loquuta eſt, ut neceſſe fuerit, hac admonitione verbi calumniæ occurrere? an in hoc aut præcedente verſu de ferro dictum, quod homine in eo percuſſo peremptove ad convincendum occidendi animum ſufficiat? non video, neque apparet: minus, cui hoc *quamvis ferro percuſſerit*, aut juſte reſpondeat, aut ſano ſenſu opponatur. Niſi putes, Hadrianum verbo *ferro* indigitare gladium cujus meminit priore verſu. Et tamen quod de gladio dixit, non hanc cauſam habet, quod gladius plerumque ex ferro eſt, quodve occidendi voluntas facilius ex ferro, quam ex ære, ligno, aut lapide, oſtenditur: ſed quia ibi quis dicitur, alium gladio percuſſiſſe ſine rixa aut ſimili ex quo animi impetus ac perturbatio moveri ac deprehendi poſſet; & adeo alia, quam occidendi, cauſa appareret. Sic eſt, cum Hadrianus infit, *ſed ſi clavi percuſſit, aut cuccuma in rixa, quamvis ferro percuſſerit*, hoc verbo *ferro*, non ferream clavem, neque ferream cuccumam, ſed gladium, deſignat: ut in *l.* 5. *D. Ad legem Aquiliam*, *l.* XI. §. 2. *D. de pœnis*, & paſſim, ubi de cæde ſermo eſt, & ferri mentio fit, vel Quintiliano teſte *lib.* 13. *Inſt. orat. c.* 1. verbis ſequentibus. *Sunt autem alia hujus naturæ, ut idem pluribus vocibus declarent, ita ut nihil ſignificationis, quo potius utaris, interſit, ut enſis & gladius. Alia quæ etiamſi propria rerum aliquarum ſint nomina, τροπικῶς tamen ad eundem intellectum feruntur, ut ferrum & mucro.* Quid ergo? non ſic accipiendus Hadrianus, quaſi dicat, quamvis clavis aut cuccuma ferrea fuerit, quod voluit Scholiaſtes Græcus *Baſilic. lib.* 60. *tit.* 39. etiam V. CL. Gulielmus Budæus, *Notis reliquis ad Pandectas*, & plerique Interpretes arbitrati ſunt: ſed quaſi poſteriorem verſum anteriori opponat, totoque Reſcripto hoc agat tantum, ut hunc caſum in quo ad manus vel ad ferrum ventum eſt per rixam & inconſultam animi perturbationem, ab eo diſtinguat in quo gladius ſine rixa ſponte ſtrictus, & inſultatio in hoc ſine conſimili animi motu in modum latrocinii facta eſt. Sed id ex verbo *rixa*, quo Hadrianus iterum utitur hoc in verſu, & his quæ dicta ſunt ad priorem ſpeciem, ſatis intelligitur: itaque perſuaſi mihi, eum verſum, translato verbo *ferro*, & inſerta vocula *aut*, ita reſtitui poſſe.

> *Sed ſi clavi percuſſit, aut cuccuma, aut ferro in rixa; quamvis percuſſerit, tamen non occidendi animo, leniendam pœnam ejus, qui in rixa caſu magis, quam voluntate homicidium admiſit.*

Vel:

> *Sed ſi clavi percuſſit, aut cuccuma, aut in rixa ferro; quamvis percuſſerit, tamen.* Et reliqua.

6. Hæc mea conjectura, ſi conjectura dicenda eſt in quam me, velut manu, ipſa Hadriani duxerunt verba, quæ Ulpianus recitat ex eodem Reſcripto *Tit.* 1. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.*

> *Nam ſi gladium inſtrinxit, aut telo percuſſit, quid dubium eſt quin occidendi animo percuſſerit? Sic lapide percuſſit, aut cuccuma, aut cum forte rixaretur, ferro percuſſit, ſed non occidendi mente. Ergo hoc exquirite, & ſi voluntas occidendi fuit, ut homicidam ſervum ſupplicio cum jure jubete affici.*

Hæc vulgata hujus loci interpunctio: ſed vereor, ne corrupta ſit, & ſic emendanda.

> *Sic lapide percuſſit, aut cuccuma, aut ferro, cum forte rixaretur, percuſſit, ſed non occidendi mente. Ergo.* &c.

7. Vi-

7. Vides, Hadrianum lapidis, cuccumæ, & ferri, meminiſſe: his voculam *aut* non ſemel, ut apud Marcianum in Pandectis, ſed, ut a me factum, bis apponere: itaque ferrum a lapide, vel, ut apud Marcianum eſt, a clavi & cuccuma, ſeparare: ſenſumque eſſe, Si forte rixa, verbi gratia, in luſu aut convivio orta ſubito & præter conſilium, furor arma miniſtravit, alter clavem aut cuccumam aut ferrum ſeu gladium apprehendit, & adverſarium occidit; non videri occidendi animum fuiſſe. qua cauſa? quia is qui alium ſic percuſſit in rixa, etſi eum occidit, non tamen conſulto neque deliberato percuſſit; ſed impetu, ſed animi perturbatione, ſed iræ calore inconſulto, adactus, &, ut proprie atque apposite Patroclus in illo Homeri apud Claudium Saturninum *l.* 16. §. 8. *D. de pœnis*,

Imprudens, invitus, circa telos iratus.

Prorſus ita eſt: qui alium in rixa, ut Patroclus colluſorem ſuum in talorum luſu, occidit; is ſive gladio, ſive cuccuma, ſive clave, occidit: poterit a lege Cornelia abſolvi. Ut tamen (ſi Marciano credimus *d. l.* 1. §. 3.) ei lenior pœna infligatur. quam ob rem? quia lex Cornelia voluntatem punit: at hic alium magis caſu, quam voluntate, occidit: ſic Marcianus loquitur: caſu, inquam, id eſt, ut Saturninus infit *d. l.* 16. §. 8. fortuito, vel (ut ipſe Marcianus *l.* 2. *D. de legibus*) non ſponte, ſed involuntarie, vel (ut idem Marcianus *d. l.* XI. §. 2. *D. de pœnis*) magis impetu, quam propoſito: caſu tamen, & neceſſitate, atque ignorantia; ſi impetum cum dolo, id eſt, cum propoſito & deliberatione, compares: quod lex Cornelia deſiderat. Hoc ſenſu infit Cicero *in Topicis d. loc. Cadunt in ignorantiam atque imprudentiam perturbationes animi: quæ quamquam ſint voluntariæ, objurgatione enim & admonitione dejiciuntur, tamen habent tantos motus, ut ea, quæ voluntaria ſunt, aut neceſſaria interdum, aut certe ignorata videantur.* Ulpianus quoque *l.* 5. §. *ult. D. de pœnis.* Verba Ulpiani. *Refert & in majoribus delictis, conſulto aliquid admittatur, an caſu. Et ſane in omnibus criminibus diſtinctio hæc pœnam aut juſtam eligere debet, aut temperamentum admittere:* Ulpianus caſum opponit conſilio; pœnam juſtam temperamento: porro conſilium dicit pro dolo; caſum pro eo quod dolo caret, ſed culpa atque imprudentia non caret: denique caſum vocat eum qui laſciviam ſequutus & ſagi jactationem: id eſt, luſum noxium qui ab initio culpam habet: ut apparet ex integro loco qui extat *Tit.* 1. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.* Igitur ſic definit Ulpianus, ſi homicidium ſit conſulto ſeu dolo & propoſito factum, pœnæ juſtæ, id eſt, pœnæ legis Corneliæ (nam de hac ei ſermo eſt) locum fieri: ſin caſu id eſt, laſcivia & culpa, non illi, ſed temperamento, id eſt, relegationi in perſona honeſtiore, ut conſtat ex *d. Tit.* 1. & *l.* 4. §. 1. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficis*, vel, quod Marcianus *d. l.* 1. §. 3. vult in propoſita ſpecie, a lege, id eſt, a lege Cornelia, abſolvi, ſed pœnam leniendam. Vides meam interpretationem: quam juvat ſimilis Salviani locutio *lib.* 4. *De gubernatione Dei, p.* 99. quam adſcripſi. Verba Salviani. *Nos, quantum ad crimina noſtra pertinet, lethalibus ſuppliciis digni ſumus: ſed ille, plus miſericordiæ tribuens, quam ſeveritati, mavult nos clementis cenſuræ temperamento emendare, quam plaga juſtæ cohercitionis occidere.* Ita Salvianus. Paulus hæc ſic effert *d. Tit.* 1. *Qui hominem occidit, aliquando abſolvitur, & qui non occidit, ut homicida damnatur: conſilium enim uniuſcujuſque, non factum puniendum eſt. Ideoque qui, cum vellet occidere, caſu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida punitur: & is, qui caſu teli hominem imprudenter ferierit abſolvitur. Quod ſi in rixa percuſſus homo fuerit, quoniam ictus quoque ipſos contra unumquemque contemplari oportet, ideo humiliores in ludum aut in metallum damnantur, honeſtiores dimidia parte bonorum multati relegantur.*

CAPUT VIII.

Quædam quæ priori ſententiæ adverſari videntur, ratione & Veterum auctoritate infirmantur.

Explicui meam ſententiam de difficili & obſcuro loco Marciani *l.* 1. §. 3. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficis*, ipſam, niſi fallor, convenientem humanæ fragilitati, & uſu populi Romani, Veterumque Sapientum ſuffragio atque auctoritate, ſubnixam. quam cum ante aliquot annos feciſſem publici juris: deinde animadverti, exiſtimare Virum Ampliſſimum, Ulricum Huberum, eam procul abeſſe a via rationis & Themidos: ſic enim ſcribit. At quam recte, age, collatis argumentis putemus: nam & fruſtra id dixerit Vir Ampliſſimus, & ego fruſtra negaverim, apud idoneos rerum æſtimatores, niſi rebus demonſtretur.

Primum ejus argumentum eſt, *Si homicidia quæ in rixa fiunt ſubitis animi motibus, etſi cultro, ſica aut gladio, extra ordinem leniore, quam capitis, ſupplicio adficienda ſunt; ergo fas fore, Lapithas & Centauros convivia, fortuitis rixis & promiſcua cæde cruentata, ſine metu mortis celebrare.* Hoc primum argumentum eſt. At quam nullam habeat vim conſequentiæ, item quam male Centaurorum rixas appellet fortuitas, ex facto intelliges. Id factum tale eſt, ut quidem ab Ovidio proponitur

tur *lib.* XII. *Metamorph.* .Pirithous, Ixionis regis Lapitharum filius, uxorem duxit Hippodamen. is cum ad nuptias inter alios vocaſſet Centauros; ex his Eurytus Hippodamen, mox alias alii, quam quiſque volebat, aut poterat, ad ſtuprum aut adulterium rapuerunt. Huic flagitio tam immani primus Theſeus, deinde & cæteri qui aderant, principes interceſſêre: inde rixa, ex ea vulnera, & cædes, ſubſequuta ſunt. Vides factum, & ex eo ſenſum objecti argumenti. is ſenſus eſt, Si homicidia quæ in rixa plane fortuita & improviſa fiunt ſubitis animi motibus, etſi cultro, ſica aut gladio, ſaltem extra ordinem ſunt afficienda leniore, quam capitis, ſupplicio; ergo fas fore Centauris, uxores & ſponſas Lapitharum in ſolemni convivio nefario ſcelere & conſilio rapere ad ſtuprum atque adulterium; Lapithaſque, vim a ſe & ſuis jure optimo repellentes, armis vulnerare; aut occidere ſine metu mortis. Is ſenſus argumenti: cujus quam abſurda ſit conſequentia, quis non videt? petitur enim a temperamento pœnæ involuntarii delicti & culpæ erroris plane humani ad excuſationem propoſiti & ſceleris, quam improbi, tam deteſtabilis, Centaurorum: qui quum ſponte venerint ad raptum Hippodames, cæterarumque mulierum Lapitharum, neque habent ejus excuſationem, & exiſtimandi ſunt, etiam ea quæ deinde per iram involuntarie fecerunt, ſponte ac voluntate feciſſe: ſaltem, cum dederint cauſam, cur a Lapithis debuerint vim pati; quid dubium eſt, quin ea ipſis, non Lapithis, imputanda videatur: per *l. 6. C. Ad legem Juliam de vi publica?*

Ejuſdem pretii eſt hoc quod deinde adfertur, Si obtineret mea ſententia, conſequens fore, *Ut, qui rapido furore ſodalium ſanguinem duellis hauriunt, nihil amplius metuant ultorem gladium.* Nam neque hoc placet, aut ſequitur ulla ratione. quando nihil aliud dixi, quam quod, ſi quis alterum in fortuita rixa occidit ſubito & improviſo impetu, humanitati convenit, eum puniri mitius, quam ſi homicidium conſulto & deliberato feciſſet. huc autem quid facit comparatio duelli: in quo uterque, plerumque ſtato condicto tempore & loco, ſæpe etiam advocatis auxiliis atque arbitris, ſponte procedit ad pugnam: in qua ſi cædes fiat, etſi ira, tamen tantum abeſt, ut in fortuita rixa fiat ſubito atque improviſo impetu, ut e contrario peſſimo non ſolum exemplo, ſed etiam propoſito, fieri; & ideo ad ſeveritatem legis Corneliæ vel maxime pertinere, videatur.

Tertium argumentum eſt. *Quod, ſi homicidium ab ordinaria pœna excuſatur, propter ſubitum impetum, ſimiliter ordinaria furti pœna eximendi ſunt qui ſubita cupiditate accenſi, res alienas abſtulerunt; item, qui alienam matremfamilias improviſa libidine motus corrupit, expreſſa legis Juliæ ſanctione non tenetur.* At quis non videt, quam male procedat argumentum a fortuita & ſubita ira ob quam homicidium, in rixa factum, ab ordinaria pœna excuſatur, ad excuſationem pœnæ furti aut adulterii ſubito impetu commiſſi? Nam qui ad cædem movetur improviſa & repentina ira, fere ab alio movetur aut damno aut contemptu aut dolore aut metu aut qua alia injuria: qua etſi imprudenter & ad breve tempus, tamen ſtatim, & ſpecie juris, extra ſe rapitur: hoc magis, quo minus aſſuetus eſt ea pati, & quo magis illi malo occurrendum arbitratur. At qui libidine aut cupiditate incitatur ad adulterium aut furtum, neque habet quod alii imputet, ne colore quidem juris; & ut plurimum movetur appetitu boni, ſæpe imaginarii, ſemper turpis, etiam alias comparabilis; & ideo magis ſponte ac voluntate, quam is qui ira accenſus eſt, peccare, minuſque excuſandus videtur: ut vere & pulchre definit Hugo Grotius, Vir Summus *lib.* 2. *De jure belli & pacis c.* 20. §. 31. &, quem is allegat, Ariſtoteles multis locis, maxime *lib.* 6. *Eudemior. c.* 6. & *lib.* 2. *Magnor. moral. c.* 6. & *De moribus lib.* 7. *c.* 7. etiam Imperator, Marcus Antoninus, *lib.* 2. *De ſe ipſo* §. 10. ſic ſcribens. *Philoſophice Theophraſtus, in peccatis inter ſe conferendis, prout vulgo conferri ſolent, dicit, graviora eſſe, quæ per cupidinem, quam quæ per iram admittuntur: etenim, qui iraſcitur, cum dolore quodam & contractione animi occulta a rationis tramite declinare videtur; qui vero per cupiditatem delinquit, quia voluptate vincitur, intemperantior quodammodo & in peccando effeminatior videtur. Recte igitur nec indigne Philoſopho pronuntiavit, amplioris eſſe criminis, quod cum voluptate, quam quod cum dolore admittitur. Atque omnino alter ſimilior ei exiſtit, qui prior læſus doloris ratione ad iraſcendum adigitur: cum is ſponte ſua ad lædendum feratur, qui ad perpetrandum quidquam cupidine ducitur.*

Poſſem plura adferre: verum hæc ſuffecerint dejiciendis illis quibus adverſus me uſus fuit Vir Ampliſſimus: maxime, quando ipſe fatetur, *poſſe ſingularibus & exquiſitis perſonarum rixarumque circumſtantiis judici mitigandæ pœnæ cauſam dari*; & Alciatum allegat, *apud quem puer fortuita ira colluſorem ſuum cultro percuſſerat.* Id vero quid eſt, niſi, deſertis partibus ſuis, in meas tranſire? quippe cum idem quod ego, Alciatus ſentiat *lib.* 4. *Diſpunct. c.* 17. Itaque inanis eſt declamatio quam mox ſubjicit Vir Cl., *Si quis putet inde colligendum, homicidia quælibet, rixandi ſtudio ſicis & gladiis admiſſa, mitiore, quam capitis ſupplicio adficienda eſſe, næ illum parum conſulturum incolumitati generis humani, quod ſalvum eſſe non poſſit, ſi violenti affectus rigidis pœnarum frænis a facinoribus non cohibeantur.* Nihil enim ea declamatio ad meam pertinet ſententiam; quæ non rixandi ſtudio ignoſcit, ſed rixæ fortuitæ atque incogitatæ: ſed neque vult, homi-

cidium in rixa factum primo impetu, quia a capitali pœna excuſatur, ideo aut juſtum eſſe, aut impunitum; ſed ſolum, non tam malum eſſe, quam cogitato & deliberato factum: alterum enim hominis improbi & flagitioſi, alterum imprudentis & errantis, eſſe: neque igitur pari atque eadem ſeveritate puniendum. quo ſenſu infit Cicero *lib.* 1. *De officiis. In omni injuſtitia permultum intereſt, utrum perturbatione aliqua animi, quæ plerumque brevis eſt & ad tempus, an conſulto & cogitato fiat injuria: leviora enim ſunt, quæ repentino aliquo motu accidunt, quam ea, quæ meditata & præparata inferuntur.* Sic Cicero: addo, Plato *De legibus, dialog.* IX. Verba Platonis. *Duplicem cædem ponere placet, utramque ira factam, quas inter voluntarias & involuntarias actiones medias jure poſuerim. Neutra enim voluntaria revera, vel involuntaria eſt, ſed altera alterius eſt imago. Nam ille quidem, qui iram ſervat, nec repente; ſed cum inſidiis ſe poſtea vindicat, homicidæ voluntarii eſt perſimilis: & qui non ſervat, ſed primo iræ impetu fertur, & absque præmeditatione interficit, involuntarii homicidæ ſimilis judicatur. Non tamen omnino involuntarius eſt, ſed involuntarii habere ſimilitudinem dicitur. Quocirca per iram commiſſæ cædes difficile determinantur, utrum voluntariæ, an contra ponendæ ſint. Optima igitur & veriſſima ſententia eſt, utrasque imagines appellare, easque ſeorſum ita diſtinguere, ut altera conſulto, altera inconſulto committi dicatur. Majora vero ſupplicia illis decet imponere, qui conſulto per iram interfecerunt; illis contra, qui repente & inconſulto, leviora. Nempe, quod graviori malo ſimile, aſperius, quod vero leviori, mitius puniendum. Ita certe noſtris legibus agendum eſt.* Expoſui meam, ſimul Ampliſſi Viri, Ulrici Huberi, ſententiam: illud ſupereſt, ut per te æſtimes, utrius ſententia longius abſit a via rationis & Themidos, mea, an illius.

CAPUT IX.

Ulpianus emendatus Tit. 1. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.*

Reſtitui Reſcriptum Divi Hadriani quod exſtat apud Marcianum *l.* 1. §. 3. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficiis.* Experiar, quid in Ulpiano poſſim: apud quem idem Hadriani Reſcriptum, ſed corruptius, proditur. experiar autem eo lubentius, quo juſtius operam meam viciſſim exigit qui in Marciani diſpunctione mihi per ſe egregie adfuit. Sed primum Ulpiani verba adſcribam. Ea in *Tit.* 1. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum* forma hac ſunt.

> *Diſtinctionem caſus & voluntatis in homicidio ſervari, reſcripto Hadriani confirmatur. Verba reſcripti. Et qui hominem occidit, abſolvi ſolet, ſcilicet ſi non occidendi animo id admiſit: & qui non occidit, ſed voluit occidere, pro homicida damnatur. E re itaque conſtituendum eſt ex quo ferro percuſſit, ipſa funditus. Nam ſi gladium inſtrinxit, aut telo percuſſit, quid dubium eſt quin occidendi animo percuſſerit? Sic lapide percuſſit, aut cucuma, aut cum forte rixaretur, ferro percuſſit, ſed non occidendi mente. Ergo hoc exquirite, & ſi voluntas occidendi fuit, ut homicidam ſervum ſupplicio cum jure jubete affici.*

Hunc locum Petrus Pithœus ex Fratris ſui conjectura ita emendat: *Ut homicidii reum ſupplicio majore jubete affici.* Ipſe de ſuo addit. *Ut homicidam ſervum ſupplicio majore.* Sic Pithœus. Sed neutrum probat Samuel Petitus. quin is *lib.* 2. *Obſerv. c.* 6. putat, vitium eſſe in verſu, *e re itaque*; in eoque eſſe legendum, *eræ itaque conſtituendum eſt, & quo ferro percuſſit ipſam: fundus id. eram* autem, ſive *heram* exponit dominam: eam fingit a ſervo ſuo percuſſam, & hunc apud Præſidem cædis, quamvis non perfectæ, tamen intentatæ, accuſare: itaque reſcribi Præſidi, heræ probandum eſſe, quo inſtrumento ipſam percuſſerit, & in eo accuſationis fundum eſſe. Argumentum Petito ex Reſcripti fine: quem, ut ad Præſidem ſit, ſic reſtituit. *Ergo hoc exquirito, &, ſi voluntas occidendi fuit, ut homicidam cum jure jubeto affici.* Et *cum jure* illi eſt cum cauſa legibus cognita. Hæc Petitus: in quibus forte id placet tibi, *exquirito, jubeto.* Sed mihi ſupervacua videtur emendatio: cogitanti, ab Hadriano forte reſcriptum eſſe ad aliquod Conſilium: nam & id ſolitum fieri. reſcriptum ſane Conſilio Bæticæ in *l.* 1. *D. de abigeis*, & *Tit.* XI. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum*, etiam Conſilio Africæ in Inſcriptione *l.* 12. *C. de procuratoribus*: eoque caſu ſcribi in plurium numero apparet ex *d. Tit.* XI. Illud porro qui probem, quod Petitus pro *ere* ſubſtituit *heræ* vel *eræ*? Primum enim Marcianus adverſatur: qui ea verba *e re* clare ſervat *l.* 1. §. 3. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficis.* Deinde, *e re conſtitui* perinde dicitur, ut *ex cauſa* in *l.* 28. *D. Ad legem Aquiliam*, ut *ex facto* in *l.* 1. §. 2. *D. de doli mali exceptione*, vel ex circumſtantiis. His adde, quod *heræ* aut *ſervi* apud Marcianum neque vola eſt, neque veſtigium: adeo neque neceſſitas *heram* apud Ulpianum reponendi; & veroſimile mihi, id verbum *ſervum* a mala manu eſſe: præſertim quia non videtur ab Hadriano tradi id quod proprium heræ vel ſervi, ſed quod omnium commune jus eſt. Non igitur placet vox *heræ*, neque Hadriano convenit. Jam quod attinet ad iſta, *ex quo ferro percuſſit, ipſa funditus*, vel, ut Petitus conjecit, *& quo percuſſit ipſum: fundus id*; ea, vereor, ne de-

Digitized by Google

lenda ſint: quia hæc nec Marcianus agnoſcit, nec ſermonis admittit tenor: qui ſi abſque his eſt, plenus ac juſtus; ſi ea adſint, valde inconcinnus ac turbulentus, videtur. Adeo mihi veriſimile fit, hæc a ſciolo primum adſcripta fuiſſe ad marginem, & ab alio deinde translata in contextum, cum exiſtimaret, Hadriano id negotium eſſe, uti percuſſoris animum tantum ex ferri ſeu inſtrumenti quo percuſſit, genere diſtingueret. Quod licet aliter ſit, ut dixi ſupra, tamen Baſilicorum Architectis arriſit *lib.* 60. *tit.* 39. & in Scholio ad *d. l.* 1. §. 3. *p.* 692. etiam Michaëli Attaliatæ *Synopſ. tit.* 71. & Photio *in Nomocanon. tit.* 9. *c.* 16. *p.* 139. & pleriſque aliis ſedit. Igitur ipſe verſum cum *e re* ſic concinnandum cenſeo.

> *E re itaque conſtituendum eſt. nam ſi gladium ſtrinxit.* & reliqua.

Huic ad marginem pro gloſſa, aut pro argumento loci, adſcribendum eſſe. *En, quo ferro percuſſit, ipſo fundat ſe*, vel, *ipſo fundatur*, vel quid ſimile. *En*, inquam; ut ſenſus ſit: Vide, quo ferro percuſſit, in eo fundat ſe. Reſcripti ſupereſt verſus poſtremus: in quo vox illa, *cum*, Siglum eſt; & *cum jure* pro *communi jure* ponitur: ut in iſta veterum Notarum COMM. CONS. quod eſt *communi conſenſu*. Porro pro *ſervum ſupplicio* opinor ſcribendum *ſevero ſupplicio*. Eodem ſane ſenſu *capitalis ſeveræque ſententiæ* mentio apud Conſtantinum *l.* 16. *C. de pœnis*; etiam *ſeveritatis judiciariæ* in *l.* 29. *C. ad legem Juliam de adulteriis*; & *ſeveritatis legum* apud Marcianum *l.* 11. *D. de pœnis*. Igitur hunc verſum ſic diſpungo.

> *Ergo hoc exquirite, & ſi voluntas occidendi fuit, ut homicidam ſevero ſupplicio communi jure jubete affici.*

Cui reſpondet hoc ejuſdem Hadriani apud Ulpianum *l.* 5. §. *ult. D. de pœnis*, & *Titulo* 1. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum. In omnibus criminibus diſtinctio hæc POENAM aut JUSTAM eligere debet, aut TEMPERAMENTUM admittere.* Ubi pœna juſta eſt ſeverum ſupplicium communi jure: cui opponitur temperamentum clementis cenſuræ apud Salvianum *lib.* 3. *De gubernatione Dei*, verbis ſequentibus. *Nos ſiquidem, quantum ad crimina noſtra pertinet, lethalibus ſuppliciis digni ſumus: ſed ille, plus miſericordiæ tribuens, quam ſeveritati, mavult nos clementis cenſuræ temperamento emendare, quam plaga juſtæ coërcitionis occidere.* Hæ meæ conjecturæ; ſed quia ſparſim traditæ, conjungam omnes, & Ulpiani locum, uti a me diſpunctus eſt, proponam integrum.

> *Diſtinctionem caſus & voluntatis in homicidio ſervari, reſcripto Hadriani confirmatur. Verba reſcripti. Et qui hominem occidit, abſolvi ſolet: ſcilicet ſi non occidendi animo id admiſit: & qui non occidit, ſed voluit occidere, pro homicida damnatur. E re itaque conſtituendum eſt.* * *nam ſi gladium ſtrinxit, aut telo percuſſit, quid dubium eſt, quin occidendi animo percuſſerit? Si clavi percuſſit, aut cuccuma, aut ferro, cum forte rixaretur: percuſſit; ſed non occidendi mente. Ergo hoc exquirite, &, ſi voluntas occidendi fuit, ut homicidam ſevero ſupplicio communi jure jubete affici.*

* *En, quo ferro percuſſit, ipſo fundatur*, vel *ipſo fundat ſe.*

CAPUT X.

Confirmatur emendatio, quæ tentata fuit libro ſecundo capite octavo in Marciano l. 5. pr. D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur.

Fuit ea Veterum conſtans ſententia, hypothecam hoc pacto, *Ne pignus petatur*, ipſo jure liberari: de illo autem pacto, *Ne debitum petatur*, hæſitatum fuit; & ideo tutius viſum, hypothecam eo tolli potius per exceptionem, quam ipſo jure. Obſervavi ſupra capite octavo libri ſecundi, utrumque a Marciano eſſe traditum *l.* 5. *pr. D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur*; in eaque hæc verba, *cum alius hypothecam poſſidebit*, non eſſe ejus Juriſconſulti, ſed hominis, Marcianum non intelligentis. addidi præterea, in fine ejuſdem loci legendum eſſe, *eadem* [&] *in hoc caſu poteſt dici, ut & ab hypotheca diſcedatur.* cauſam ejus conjecturæ hanc habui: quod arbitrarer, a Marciano proponi pactum generale & in rem, *Ne ex perſonali obligatione petatur:* id eſt, pactum perpetuum de non petendo principali debito; non autem perſonale pactum, ſive pactum, *Ne a perſona*, verbi gratia, *Lucio Titio, petatur.* Ita tum conjeci: neque adhuc muto ſententiam; etſi ſciam, Marcianum a V. CL. Franciſco Hotmano *lib.* 1. *Amicabilium reſponſorum c.* 29. aliter accipi; magiſque ad perſonale pactum referri, quam ad id quod generale & in rem ſit. Sed pro mea conjectura ſtat argumentum clarum & evidens: ſcilicet, quod Marcianus ſcribit, ex pacto quo de agitur, naſci perpetuam exceptionem: quam conſtat ex perſonali pacto non naſci: quia id pactum non ſemper cavet paciſcenti, ſed ſaltem, quamdiu vivit: illo mortuo, ſi ab herede opponatur creditori, evitari poteſt: at in pacti conventi perpetui exceptione (ita vocatur pactum in rem & generale in *l.* 3. *D. de exceptionibus*) ſecus eſt: vult enim, ne omnino, ſive, quod idem valet, ne umquam petatur pecunia. Primum igitur ſic puta, perſonale pactum parere exceptionem, non perpetuam, ſed temporalem & dilatoriam *d. l.*

3. *D. de exceptionibus.* §. 1. *Inſt. eod. tit.* Deinde, ſi promiſero, *Ne petam, quamdiu vives,* ultro autem ſolvas mihi, ceſſare ſoluti repetitionem: quia, cum certum ſit, te aliquando moriturum eſſe, perinde habetur res, ac ſi conveniſſet, ne ad tempus peterem. Adeo exceptio illius pacti neque perpetua eſt, neque perpetuæ comparatur *l.* 16. §. 1. *l.* 17. *l.* 18. *D. de condictione indebiti:* aliter ac fit in pactis in quibus incertum eſt, utrum temporaria, an perpetua, futura ſit exceptio *l.* 56. *D. eod. tit.* Quod ſi eſt: apparet, his Marciani verbis in *d. l.* 5. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur,*

niſi ſi quis dicat, pactum interpoſitum eſſe, ut a perſona non petatur.

fere indicari, Niſi quis putet, eo pacto, *Ne pecuniam petat,* non agi, ne pignus vel hypotheca petatur actione in rem: ſed, ne debitum petatur actione in perſonam. hoc eo magis, quia ait Marcianus, iſto pacto quo de agit, hypothecam liberari vel ipſo jure, vel per exceptionem: non autem video, qua ratione poſſit hypotheca aut hoc, aut illo, modo liberari propter perſonale pactum; quod eſt, verbi gratia, ne a Lucio Titio petatur: cum præſertim principalis duret obligatio etiam poſt hoc pactum; tantumque ad debitoris vitam differatur. & ita eſt: durat principalis actio poſt perſonale pactum; durat & hypotheca. & proinde poteſt quidem dici, Quemadmodum principalis actio perſonali pacto differtur, ſic hypothecariam actionem eodem pacto differri, auctore Marciano *d. l.* 5. §. 1. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur:* ſed non poteſt dici, Quia perſonali pacto principalis differtur actio, ideo perſonali pacto hypothecam tolli: eo minus, quia, ubi pacto differtur actio, plerumque hoc agitur, ut interim creditori hypotheca cautum ſit. Hæc, ſi pactus ſit debitor, *Ne debitum petatur.*

CAPUT XI.

1. Gloſſa exempta ex Gajo l. 7. §. 2. D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur. 2. Marcianus expoſitus l. 8. §. 2. D. eodem titulo.

1. Gaji verba ſunt in *l.* 7. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur.*

Si conſenſit venditioni creditor, liberatur hypotheca: ſed in his pupilli conſenſus non debet aliter ratus haberi, quam ſi præſente tutore [auctore] conſenſerit, aut etiam ipſe tutor: ſcilicet ſi commodum aliquid, vel ſatis ei fieri ex eo judex æſtimaverit. §. 1. *Videbimus, ſi procurator omnium bonorum conſenſit, vel ſervus actor, cui & ſolvi poteſt, & in id poſitus eſt: an teneat conſenſus eorum? & dicendum eſt non poſſe: niſi ſpecialiter hoc eis mandatum eſt.* §. 2. *Sed ſi cum debitoris procuratore convenit,* Ne ſit res obligata, *dicendum eſt, id debitori per doli exceptionem prodeſſe. Cum autem cum ſervo ejus convenerit, per ipſam pacti [conventi] exceptionem debet.*

Sic habent omnes codices: ſed aut fugit me ratio, aut ita ſcripſit Gajus.

Sed ſi cum debitoris procuratore convenit, dicendum eſt, id debitori per doli exceptionem prodeſſe. &c.

Hanc optimam Gaji ſcripturam Vetus Interpres aliquis, adjectis his, *Ne ſit res obligata,* corrupit, & in peſſimam ſententiam detorſit: quod non perſpiceret, quemadmodum debitori ex pacto procuratoris aut ſervi de alienando pignore, eo vendito, daretur exceptio pacti conventi, aut doli mali: cum certum eſſet, actionem quaſi Servianam, ſeu hypothecariam, quia in rem eſt, hypothecæ poſſeſſorem, non debitoris perſonam ſequi. perinde igitur, ac ſi lacuna eſſet eo in loco, aut certe aliud egiſſet Gajus, quam verba vellent, vel pro interpretatione verbi *convenit*, vel pro varia lectione, ad marginem adjecit verba illa, *ne ſit res obligata.* deinde alius, æque intelligens ſcilicet, ea e margine tranſtulit in contextum. Sed ſi ad Gaji verba, & ad eorum connexionem, animum advertas; aliquanto apertius eſt, quam ut diſſimulari poſſit, non hoc Gajo ſediſſe, ut exponeret formulam pacti, *Ne ſit res obligata;* ſed ut indicaret, quid juris ſit, cum creditor pignoris alienationi conſenſit. in qua ſpecie, propter quorumdam dubitationem, tutior viſa fuit pacti exceptio; cum ea in ſpecie pacti, *Ne res obligata ſit,* ſupervacua haberetur: ut pridem oſtendi libro ſecundo capite octavo. Sed, ut hoc agamus, primum dixit Gajus, creditoris conſenſu de alienando pignore pignus per exceptionem liberari: dehinc quæſivit de pupillo creditore, an ejus conſenſus, vel ſolius, vel cum tutorum auctoritate conjunctus, ſufficiat: item, quid ſi tutor ipſe conſentiat: tum de creditoris procuratore, & actore ſervo ſubjecit: poſtremo ad debitoris procuratorem tranſiit; &, ſi cum eo convenit, non, *Ne res oligata ſit,* ut habent omnes codices; (quid enim id ad propoſitam quæſtionem?) ſed ſi cum eo convenit, *ut ſit debitori jus vendendi pignoris:* quæſivit, an id pactum debitori proſit. proinde, cum ſcripſit,

Sed ſi cum debitoris procuratore convenit, dicendum eſt, id debitori per doli exceptionem prodeſſe. &c.

hoc voluit: Si neque cum pupilli tutore, nec cum alterius creditoris procuratore, de quibus dictum in præcedentibus verſibus; ſed ſi aut cum debitoris procuratore, aut cum ejus ſervo actore convenit de vendendo pignore: de-

debitori illic doli, hic pacti, exceptionem profuturam. Quod veriſſimum eſt *l.* 10. §. 2. *D. de pactis*. Sed recipit difficultatem eo, quod actio quaſi Serviana ſive hypothecaria non adverſus debitorem, ſed adverſus pignoris poſſeſſorem datur *l.* 16. §. 3. *D. de pignoribus & hypothecis*; & ideo non videtur exceptio, ſi quæ danda ſit illo ex pacto, debitori danda, ſed pignoris poſſeſſori. Atque hoc, opinor, eſt quod Veterem Interpretem fefellit: fefellit, inquam: quia ſi debitor hypothecam vendidit, nec adhuc tradidit; ipſe poteſt actione Serviana conveniri, & ſe pacti aut doli exceptione tueri. imo, ſi creditor ei venditionem permiſit intra annum, aut biennium, (ut in *l.* 8. §. 11. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur*) forſan nocebit ei exceptio intra id ſpatium, quamvis nondum facta venditione: nam cum debitori conceſſit jus vendendi pignoris intra certum ſpatium, non tantum jus vendendi, ſed & retinendi, pignoris ei conceſſiſſe intelligitur. Sed profecto verborum Gaji (quæ ſunt in *d. l.* 7. *pr.* §. 1. & 2.) ſive connexio, ſive oppoſitio nimis manifeſta eſt.

2. Niſi ei novæ tenebræ offundantur ex Marciani *l.* 8. §. 2. *in fine D. eodem titulo.* Verba ejus.

Si procurator debitoris in rem ſuam ſit, non puto dubitari debere, quin pactum noceat creditori. Itemque ſi a parte creditoris procurator in rem ſuam extiterit, paciſcendo inutilem ſibi faciet hypothecariam actionem. in tantum, ut putem recte dici, & dominis litis hoc caſu nocere hanc exceptionem.

Exceptionem a Marciano dici vides, & adferri pactum, *Ne res pignori hypothecæve ſit*; ut liquet ex *d. l.* 8. §. 1. Qui poteſt? nam idem Marcianus *l.* 5. *D. eod. tit.* ſcribit, *hypothecam ſolvi, ſi ab ea diſcedatur.* Verum non improbabiliter dixerim, *exceptionem* illi ſignificare in *d.* §. 2. non excluſionem actionis, ut videtur primo obtutu; ſed *pactionem*, ſeu *conventionem*: uſitata locutione, nam & *excipere* pro *paciſci*, & *exceptionem* pro *pactione* Pomponius *l.* 32. *D. de uſufructu*, Modeſtinus *l.* 39. *D. de actionibus empti & venditi*, & Ulpianus *l.* 7. §. 6. *D. de pactis*, dixere.

CAPUT XII.

1. De mandato & ejus origine. 2 & 3. Id quemadmodum a commendato & a conſilio diſcernatur. 4. Non eſſe obligatorium conſilium, ſi tibi ſpecialiter ſuadeam id quod non fuiſſes facturus, niſi ego tibi hortator fuiſſem. 5. Mandatum tibi tua gratia eſſe conſilium, non mandatum: neque in eo intereſſe, utrum mandator in ſe ſuſcipiat negotii periculum, an non ſuſcipiat. 6. Lectio & ſententia l. 6. §. 4. & 5. D. Mandati vel contra.

1. Ita eſt, ut Cicero ſcribit, *Pro S. Roſcio Amerino*, in quibus rebus ipſi supereſſe non poſſumus, in his operæ noſtræ vicaria fides amicorum ſupponitur: quam qui lædit, oppugnat omnium commune præſidium, &, quantum in ipſo eſt, diſturbat vitæ ſocietatem: non enim poſſumus omnia per nos agere: alius in alia re eſt magis utilis: idcirco amicitiæ comparantur: ut commune commodum mutuis officiis gubernetur. id autem neque facilius fit, neque diligentius, quam cum hoc agitur, ne quis propter fidem ſuſcepti negotii facile damnum pro gratia referat, neve officio ſimulato alterius commodis temere officiat. Quum tamen cenſerent Veteres, mandatum ex officio atque amicitia proficiſci *l.* 1. §. 4. *D. Mandati vel contra*: non videntur initio hoc nomine obligationem conſtituiſſe; ſicut nec ex precario *l.* 14. *D. de precario*: ſed, quod fidem plurimum colerent, atque ut alias corporis partes aliis dicarent numinibus, ſic dextram fidei ſacram facerent, maxime illa promiſſa alligaſſe fidem mandatæ ſuſceptæque operæ: eoque pertinere putem, quod Iſidorus ſcribit *lib.* 4. *Originum c.* 4. mandatum dictum eſſe, quod olim in commiſſo negotio alter alteri manum dabat: alludit certe ad hunc ritum Plautus, *Captiv. act.* 2. *ſc.* 3. *verſ.* 82. *& ſeqq.* Igitur, quod fides jubebat & pudor, hoc primum mandati jus fuit. poſt uſus ei actionem invenit: ita in civile negotium tranſiit; & ritus jungendarum manuum exolevit, quaſi ſupervacuus: nomen tamen & res manſit. Proinde ubi mandatum dicimus, deſignamus conſenſum mandatoris & mandatarii de quo negotio periculo mandatoris gratis gerendo: in eoque contractu neque ſcripturam deſideramus, neque ſolemnia verba; ſed ſufficit conſentiri *l.* 1. *D. Mandati vel contra*, inter abſentes quidem per nuntium, aut per epiſtolam *d. l.* 1. §. 1. inter præſentes vero vel tacite, ut ſi præſens patiar pro me interveniri, neque contradicam *l.* 6. §. 2. *D. eod. tit.* vel palam quibuſcumque precariis verbis quæ idonea ſint ad explicandum utriuſque conſenſum. In quibus Paulus *d. l.* 1. §. 2. eſſe inquit non tantum *rogo*, ſed & *mando*; & recte: nam cum mandatum ab officio atque amicitia proficiſcatur, ut dixi *d. l.* 1. §. *ult.* quid ni *mando* precarium verbum eſſe exiſtimetur? Atqui hoc oſtendit illud Virgilii *lib.* 6. *Æneid. verſ.* 116.

------- Orans mandata dabat.

2. Quid, ſi uſus ſit *commendandi* verbo? non videri mandatum, Ulpianus refert *l.* 12. §. 13. *D. eod. tit.* quia aliud eſt mandare, aliud com-

mendare: mandare eſt, negotium gratis gerendum committere: commendare eſt, tantum laudare & gratiorem reddere: igitur qui mandat, is mandati periculum in ſe ſuſcipit vel tacite, vel aperte *l.* 20. *D. eod. tit.* niſi ex cauſa aliud placeat; ut in *l.* 39. *&* *l.* 36. §. 2. *D. eod. tit.* at, qui commendat, tantum præbet teſtimonium de moribus aut conditione ejus quem commendat; periculum autem in ſe neque tacite ſuſcipit, neque aperte: quamquam pudorem ſuum onerat temeraria laudatione: ſecundum hoc Horatii lib 1. Epiſt. 18.

Qualem commendes, etiam atque etiam adſpice, ne mox.

Incutiant aliena tibi peccata pudorem.

3. Sed quemadmodum *commendatum*, ita *conſilium*, a mandato differt: nam & conſilii proprium eſt, ne obligatorium ſit *l.* 2. §. *ult. D. Mandati vel contra*: qui enim amico conſulit, ei nihil promittit, præter fidem & amicalem affectionem: tantumque vult, eum, ſi patiatur, conſilio monere & regere: ſi non audiat, invitum cogere, ut faciat id quod nolit, neque vult, neque poteſt *l.* 10. §. 7. *D. eod. tit.* Igitur cui datur conſilium, is ſi damnoſum ſibi arbitretur, & ſequatur; imputet ſibi, cum poſſet negligere: ſin utile exiſtimet, & res aliter cadat; conſulentis neque culpa eſt, neque obligatio: quia neque hic periculum in ſe ſuſcepit; & ille, quum ſequutus eſt hujus conſilium, ſuo judicio ſtetit. Sed hoc certum eſt, conſilii non fraudulenti nullam obligationem eſſe; etiamſi non expediat ei cui dabatur §. 6. *Inſt. de mandato*, *l.* 2. §. *ult. D. eod. tit.* idque omnes concedunt tum, ſi tibi generaliter ſuadeam, ut pecunias tuas potius in emptiones prædiorum colloces, quam fœneres, vel ex diverſo.

4. Sed fingamus, me tibi nominatim conſuluiſſe, ut Titio crederes, nec aliter te facturum fuiſſe, niſi tibi hortator ſuaſorque extitiſſem: quid dicemus; mandatum eſſe? hercle cenſent multi: ſed ne putem, ſuadet Ulpianus *l.* 2. *D. de proxeneticis:* in qua ſic infit. *Si proxeneta intervenit faciendi nominis, ut multi ſolent, videamus, an poſſit quaſi mandator teneri? Et non puto teneri.* Proxeneta eſt pararius ſeu conciliator perficiendis negotiis: ſolet is in emptionibus, venditionibus, commerciis, contractibus licitis utilem ſe non improbabili more exhibere *l. ult. D. eod. tit.* ſolet aliter non contracturos ſua perſuaſione movere, ut credant ac nomina faciant. hoc enim oſtendit Seneca *epiſt.* 119. his verbis. *Opus erit tibi creditore, ut negotiari poſſis, æs alienum facias oportet; ſed nolo, per interceſſorem mutueris, nolo proxenetæ nomen tuum jactent, paratum tibi creditorem dabo.* Hic tamen proxeneta ſi intervenit faciendi nominis, (Græciſmus eſt notatus ab Auguſtino *lib.* 2. *Emendat. cap.* 1. *pag.* 99. *&* *ſeq.*) hic proxeneta, inquam, ſi intervenit faciendi nominis cauſa; & partes ad contrahendum perſuaſione ſua induxit: negat Ulpianus, eum teneri; & addit cauſam, quia magis monſtrat nomen, quam mandat; tametſi laudet: id eſt, quia non eſt hoc animo, ut mandet, & periculum recipiat; ſed ſolum, ut monſtret, quale ſit. Qui igitur conſilium dat etiam aliter non contracturo cum Titio, verbi gratia, eum negat Ulpianus mandati teneri: quia non mandat, ſed ſuadet: longe autem aliud eſt mandare, aliud ſuadere & monſtrare *arg. l.* 1. §. 14. *D. Depoſiti vel contra.* Idem dicit Ulpianus *d. l.* 2. ſi aliquid philanthropiæ nomine acceperit: philanthropia eſt humanitas & dexteritas ſeu benevolentia adverſus omnes homines promiſcua: ut ſupra oſtendi *lib.* 1. *c.* 7. quamobrem, abſque remuneratione eſſet conſilium proxenetæ, quia non foret mandatum, deficiente conſenſu: ſequitur, ut ne honorario quidem interveniente mandatum fiat: quia honos remunerandi cauſa habetur; non ut res ſit periculo proxenetæ; nec quaſi argumentum contracti mandati. Hoc, ſi quis uſus ſit aut *ſuadendi* verbo, aut *conſulendi*.

5. Quid, ſi dixerit, *mando*? nondum erit mandatum; ſi tibi mandet tantum tua gratia: nam ſupervacuum eſt ea in ſpecie mandatum *pr. Inſt. de mandato*; reſque perinde accipitur, quaſi conſilium ſit, & ob id obligatorium non ſit. quamobrem? quia, cum tua intereſt, mea non intereſt, res tui arbitrii eſt, non mei. ego ſane cur cogam te, ut in re tua facias quod nolis, neque cauſam habeo, neque facultatem. ſed & ſi rem tuam geſſeris, & damnum paſſus fueris; nihil eſt quod accuſes meam imprudentiam: cum egeris tuam cauſam tuo jure; & potueris per te ipſe explorare, quid ex uſu tuo eſſet. Sic, ſi palam non recepetim periculum. Idem, ſi recepeperim, auctore Celſo *l.* 48. §. *ult. D. Mandati vel contra.* ait enim, ſi, ut tibi negotium geras, mandem tibi, & ut cuivis credas, ut recipias uſuras, periculum ad me pertineat, extra mandati formam eſſe: quemadmodum ſi mandem, ut tibi quemvis fundum emas: tibi, inquam; ſic enim Haloander edit, & ſenſus poſtulat; etſi Florentiæ legatur *mibi.*

6. At Ulpianus obſtat *l.* 6. §. 5. *D. Mandati vel contra*, quum ait. *Si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, niſi mea quoque interfuit, aut ſi non eſſes facturus, niſi ego mandaſſem,* [*&*] *ſi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.* Soletque exemplum poſtremi caſus peti ex *l.* 32. *D. eod. tit.* Verum videamus, ne conjungenda ſit ſpecies *d.* §. 5. cum ea quæ præcedit §. 4. in quo dixerat Ulpianus. *Si tibi mandavero, quod mea non intereſſat.* Ita Florentiæ legitur: & ſenſus eſt, Si tibi mandavero tantum aliena gratia, non etiam mea, neque tua; veluti, ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas: eſſe mihi tecum mandati actionem, & me invicem tibi obligatum fore. Is ſenſus Florentinæ ſcripturæ; neque improbo: quum conſtet,

ſtet, aliena cauſa mandatum valere *l.* 2. *D. Mandati vel contra.* Malim tamen, niſi offendet te diſpunctio voculæ *non*, legere, *ſi tibi mandavero, quod mea intererat*: quia ea vocula *non* abeſt a multis manuſcriptis libris; utique ſi quæ Accurſio fides id teſtanti in Gloſſa. Etiam convenit ea emendatio ſpeciei *l.* 48. §. 1. *D. eod. tit.* quæ eſt deſumpta ex Celſi libro 7. Digeſtorum quem allegat Ulpianus *d.* §. 4. Poſtremo exigit eam ſive connexio, ſive oppoſitio, trium ſpecierum quas diſtinguere videtur Ulpianus in *d.* §. 4. *&* 5. cum alioquin ſpecies *d.* §. 4. eadem ſit ſpeciei ultimæ *d.* §. 5. & bis referatur: quod vereor, ut Ulpiano negotium fuerit. Igitur legendum erit, expuncta negatione: *Si tibi mandavero, quod mea intererat.* Senſus vero, Si tibi mandavero & mea & aliena gratia, veluti ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas, valere mandatum. & ideo mihi tecum fore mandati actionem, & me invicem tibi obligatum fore. Quod verum eſt, & a Celſo probatur *d. l.* 48. §. 1. quem, ut dixi, laudat Ulpianus *d.* §. 4. Deinde inquit Juriſconſultus §. 5. *Plane, ſi tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio.* Veriſſime: nam ſupervacuum eſt mandatum; ſi tantum tua gratia interpoſitum eſt: quia tantum tua intereſt, mea non intereſt. Quid, ſi mea quoque interfuit? jam valet mandatum, ut Ulpianus inquit: quia & tua & mea gratia eſt. Sequitur, *aut ſi non eſſes facturus, niſi ego mandaſſem, etſi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.* Ita habent Pandectæ Florentini. ſed pro *aut ſi* ſcribe *at ſi*: ſic enim ſuadent manuſcripti libri: ut monent Ruſſardi & Charondæ marginales Notæ, etiam codex Haloandrinus. & ſenſus; At ſi mandavi tibi, neque mea gratia, neque tua, ſed aliena; & ideo non fuiſſes facturus, niſi tibi mandaſſem; competituram tibi adverſus me mandati actionem, etſi mea non interfuit. Hoc mihi videtur; & a Juſtiniano indicatur §. 6. *Inſt. de mandato*: cum ſic ſcribit. *Et adeo hæc ita ſunt, ut quæſitum ſit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares; ſed obtinuit Sabini ſententia, obligatorium eſſe in hoc caſu mandatum, quia non aliter Titio credidiſſes, quam ſi tibi mandatum eſſet.* Hæc cur tam varie? in primis cum, aliena cauſa interpoſito mandato, non magis mea interſit, quam cum mandatum eſt tua cauſa. Sed refert, quod te in tua cauſa & diligentem & curioſum eſſe oportet, in aliena non item: quod recte notat Paulus *l.* 19. *D. de novationibus*: nec Paulus tantum, ſed Terentius quoque *Heautontim.* 1. *verſ.* 32. his verbis.

— — — *Tantumne ab re tua 'ſt oti tibi?*
Aliena ut cures; eaque nihil quæ ad te attinent.

& ideo in altero caſu, ſi aliter cadat res, neque inquiſiviſti diligenter & curioſe in rem mandatam, tua culpa eſt, in altero non eſt. Totus igitur Ulpiani locus ita reſtituendus erit.

Si tibi mandavero, quod mea intererat, veluti ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas: erit mihi tecum mandati actio, (ut Celſus lib. 7. Digeſtorum ſcribit) & ego tibi ſum obligatus. Plane ſi tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, niſi mea quoque interfuit: at ſi non eſſes facturus, niſi ego mandaſſem, [&] ſi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.

Plane, ſi quis volet tueri lectionem Florentini exemplaris, *aut ſi non eſſes facturus, niſi ego mandaſſem*; ei libertatem ſuam non invideo: dum cogitet, non eſſe exemplum ejus verſus in *l.* 32. *D. eod. tit.* quamquam multi putant: non enim proponitur ea in lege mandatum tua tantum cauſa de quo illi volunt quæri allegato in verſu *d.* §. 5. ſed proponitur mandatum mea & tua gratia de quo non agitur illo in verſu; ſed in præcedente, ſcilicet, *niſi mea quoque interfuit.*

FINIS LIBRI IV.

PROBABILIUM JURIS CIVILIS.

ELENCHUS

Capitum Probabilium Juris Civilis.

LIBRI PRIMI.

CAP. I. 1. *Si flumen agrum alicujus occupet, & deinde rurſus relinquat, quid juris? Gajo lux data in l.* 7. §. 5. *&* 6. *D. de adquirendo rerum dominio.* 2. *Rationes diſſentientium Interpretum adferuntur.* 3. *Diſcutiuntur.* 4. *Pomponius reſtituitur in l.* 30. §. 3. *D. eod. tit. exempta Gloſſa, quæ hactenus eum locum inquinavit.* Pag. 1

II. 1. *In conſtituendis prædiorum ſervitutibus neceſſariam eſſe vicinorum utilitatem.* 2. *Eam utilitatem non terminari ſemper uſu & neceſſitate dominantis prædii; ſed quandoque porrigi latius, etiam ad domini commodum ac voluptatem, plenius, quam ſolet, oſtenditur.* 3. *&* 4. *Hotmani & Cujacii ſententiæ de intellectu verbi, ambulandi, quod*

eſt

eſt in definitione viæ & itineris, refutantur. 5. Explicatur difficilis Pauli locus in l. 8. D. de ſervitutibus. 6. Probatur fuſius, quid obſervandum ſit, ſi in Digeſtis occurrant Juriſconſultorum Fragmenta quorum alia habent regulam juris, alia conſuetudinem regulæ derogantem, adverſantemve. 3

III. 1. Quemadmodum accipiendum ſit; quod ſæpiuſcule legitur apud noſtros, ſervitutem prædii non poſſe prædii neceſſitatem excedere. 2. Explicatur Pomponius in l. 24. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum. 3. Illuſtratur Ulpiani locus perobſcurus in l. 1. §. 16. D. de aqua quotidiana & æſtiva. 4. Aliorum de eo ſententiæ refelluntur. 5. Africani verus ſenſus in l. 33. §. 1. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum. 6. Explicatur l. 12. C. de ſervitutibus & aqua. 7. Explicatur Ulpianus in l. 1. §. xi. & ſeq. D. de aqua quotidiana & æſtivà, & Pomponius in l. 3. D. eod. tit. 8. Laudatur Cujacii ſententia in l. 5. §. 1. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum. 9. Tentatur reſtitutio & explicatio Pauli in l. 6. D. dict. tit. 10. Jura prædiorum, conceſſa perſonis earum cauſa, utrum habeant vicem obligationis perſonalis, an perſonalis ſervitutis? Hæc ſententia probatur: ſed & illa in §. 11. 6

IV. In actione pigneratitia plerumque præſtari culpam levem, in commodato etiam leviſſimam. Emendatur l. 13. §. 1. D. de pigneratitia actione, rejecta opinione Accurſii, Contii, Cujacii, Jacobi Gothofredi. 11

V. Quare videatur Ulpianus injuriæ propulſationem in explicatione juris naturalis omiſiſſe in l. 1. §. 3. D. de juſtitia & jure, nova ratione declaratur. 12

VI. Defenditur recepta lectio l. 35. D. de injuriis, & l. 13. §. 1. D. de juriſdictione adverſus Antonii Fabri, Jacobi Cujacii, Antonii Goveani, Scipionis Gentilis, emendationem ſententiamque. 13

VII. 1. Res jure naturæ communes & res jure naturæ publicas apud Veteres pro iiſdem accipi in tractatu de rerum diviſione, oſtenditur contra communem Interpretum ſententiam. 2. In rebus jure naturæ communibus numerari non tantum aerem, aquam profluentem, mare, littora, ſed flumina etiam & portus, nec non privatas res ſingulorum, quæ habent utilitatem, concedenti non gravem. 3. Communionem iſtam non eſſe meri beneficii, nec meræ liberalitatis, ſed neceſſitatis cum naturalis, tum interdum etiam civilis, adverſus Johannem Seldenum probatur pluribus. add. §. 4. 14

VIII. 1. Continuatur præcedens tractatus de rebus jure naturæ publicis & communibus. 2. Traditur vera ratio, cur eæ res publicæ appellentur, ſimul quot modis res dicantur communes & publicæ jure civili. 3. Uſus eorum vocabulorum probatur late. 4. Non intereſſe, utrum res dicatur publica jure gentium, an publica & juris gentium. 5. Flumina, maria, littora, quatenus eſſe dicantur populi Romani. 6. Marcianus explicatur in l. 2. & l. 4. §. 1. D. de rerum diviſione. 7. Particulam ſed ſæpe uſurpari pro ſed &. 8. Turbatum eſſe aliquid in principio Inſtitutionum de rerum diviſione. 17

IX. 1. Feſtinantes occupatoſque homines nonnumquam aliud ſcribere aut loqui, quam initio deſtinarunt. 2. Id Plautum bene obſervaſſe. 3. Eveniſſe Virgilio, Ciceroni, Auguſto. 4. Ulpiano quoque in l. 5. D. Ad legem Aquiliam, & in titulo VII. Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum. 5. Differentia traditur legis Corneliæ, legis Aquiliæ, & legis naturæ, in punienda cæde furis nocturni minus neceſſaria. Pauli quoddam Fragmentum declaratur in dicto titulo ſeptimo. 6. Fugitivum eſſe oſtenditur Ulpiani caput 9. D. Ad legem Corneliam de ſicariis, improbata opinione Gulielmi Budæi, Viri Clariſſimi. 21

X. Ulpianum in l. 5. §. 4. D. de his qui effuderint vel dejecerint actionem legis Aquiliæ pro actione in factum imprudenter ſcripſiſſe. 23

XI. 1. Marcianum in l. 1. D. de lege Pompeja de parricidiis poſuiſſe legem Corneliam de ſicariis pro lege Cornelia de parricidiis. Earum legum, ut & Pompejæ de parricidiis; quæ pœna? 2. Pauli Fragmentum quoddam lib. 5. Sentent. tit. 24. explicatur. 3. More majorum ſignificari ſæpius leges majorum. Modeſtinus declaratur in l. 9. D. de lege Pompeja de parricidiis. Jacobus Gothofredus & Jacobus Cujacius refelluntur. 4. Tribonianus illuſtratur in §. 6. Inſt. de publicis judiciis contra Duarenum & Cujacium. 6. Hotmanus notatur. 7. Improbatur opinio Sigonii, Manutii, Gouvarruviæ. Parricidii appellatio quando obtineat? 24

XII. Eas ſpecies quæ habent mixtam cauſam in rerum diviſionibus, nonnumquam negligi, quaſi confuſas cum ſimplicibus: atque inde ejuſdem rei modo bipartitam, modo tripartitam, diſtributionem eſſe. 26

XIII. 1. Id eſt pro idem eſt. 2. Quis ſit ſenſus l. 42. D. de verborum ſignificatione Doctorum Virorum opinione. 3. Is ſenſus rejicitur. primum, quia tutor, doli nomine damnatus, jure tum gentium, tum civili, infamis eſt ex Veterum ſententia. 4. Deinde, quia tutor damnatus ob latam culpam nec civili jure, nec jure gentium, notatur. Explicatur Edictum Prætoris in l. 1. D. de his qui notantur infamia. 5. Exploſam eſſe a noſtris ſententiam putantium, omnia peccata eſſe paria; & non eſſe ſapientis, ignoſcere. 6. Explicatur Ulpianus in l. 6. §. 7. D. eod. tit. 7. Doli & latæ culpæ differentia. Rurſus Ulpiano lux l. 3. §. ult. D. de ſuſpectis tutoribus. 8. Juſtiniani verus ſenſus inveſtigatur in §. 6. Inſt. de ſuſpectis

pectis tutoribus; etiam Ulpiani l. 2. §. 41. D. Ad Senatuſconſultum Tertyllianum. 9. Adferuntur complura loca in quibus lata culpa appellatur dolus, & dicitur dolo comparari. 10. Ea quemadmodum accipienda. 11. Lata culpa quando infamet, quando non infamet? explicatur l. 7. §. 1. D. de ſuſpectis tutoribus. 12. Emendatur & explicatur noviter Ulpianus in d. l. 42. D. de verborum ſignificatione. 13. Facile labi Interpretes, cum incidunt in verba, quæ ſecundum quid intelligenda ſunt. 14. Paulus explicatur ad Hebræos c. 7. §. 3. locique ſimiles produntur ex Seneca, & Javoleno. 15. Verba hæc, cum alia probatio non eſt, cum deficit probatio, ſi aliter veritas inveniri non poſſit, quid ſignificent multis in locis. 28. 29

LIBRI SECUNDI.

I. 1. Beneficium diviſionis fidejuſſoribus per exceptionem permitti. Eam exceptionem a Prætore poſtulandam eſſe in jure. Si illic omiſſa ſit, deinde in judicio coram Judice fruſtra opponi. 2. Reſcriptum Imperatoris Alexandri, quod eſt in l. 10. C. de fidejuſſoribus & mandatoribus, emendatur noviter duobus locis. 34

II. 1. Si Juriſconſultus in reſponſis ſuis ac commentariis diverſa præcipiat, utrum reſpondenti habenda fides ſit, an docenti? 2. Et quid in antiquis auctoribus? Scævolam in l. 14. D. de transactionibus non videri ſervaſſe omnino laudem ingenuitatis: inaudita hactenus ſententia. 3. Species & definitio l. 3. D. eod. tit. 4. Aliorum ad Scævolam placita: in quibus primum Accurſii, Cujacio & Baroni probatum, refellitur. 5. Accurſii altera ſententia, quæ & Udalrici Zaſii eſt, rejicitur. 6. Accurſii tertia conjectura, item Antonii Fabri, infirmatur. 35. 36

III. 1. Paulum l. 1. D. de uſu & uſufructu legato primum Sabini ſententiam, deinde ſuam, proponere. Illa quæ? 2. Verba, Neque ex bonis, neque extra bona. 3. Pauli Nota ad Sabinum. 4. Ejus Notæ cauſa ac ratio. 38

IV. Veſtium legato uſufructu, ex Ulpiani ſententia verum, non quaſi, uſumfructum legatum eſſe. Nova diſpunctio l. 15. §. 4. D. de uſufructu & quemadmodum quis utatur fruatur. 40

V. 1. Officia Præfecti urbis ac vigilum ſæpe iiſdem Notis apud Veteres ſcripta fuiſſe. Ab hac cauſa variare Inſcriptionem l. unic. C. de officio Præfecti Vigilum, & l. ult. D. eod. tit. 2. Pomponius menda liberatus in l. pen. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta & præter Zaſii, Cujacii, & Fabri, ſententiam expoſitus. 42

VI. 1. Veterum de adquirenda poſſeſſione non unam fuiſſe ſententiam. 2. & 3. Senecæ, Phædro, Plauto, lux mutua. veſtigium antiquæ diſſenſionis apud Proculum l. 55. D. de adquirendo rerum dominio. 4. Voculam non abundare apud Paulum in l. 3. §. 3. D. de adquirenda vel amittenda poſſeſſione. 5. Javoleni locus illuſtratus in l. 51. D. eod. tit. exploſa Jacobi Cujacii emendatione. 6. Præſentia rei an in fictis traditionibus, quæ fiunt poſſeſſionis conſtitutione, neceſſaria ſit. Pragmaticorum adverſus Antonium Fabrum defenſa ſententia. 43

VII. Culturam & curam idem valere in §. 35. Inſt. de rerum diviſione, adverſus Accurſium & Cujacium. Ea verba non factum qualis qualis culturæ & curæ, ſed jus, ſignificare. Bonæ fidei poſſeſſoris, qui rem accepit ex juſta cauſa, naturali ratione fieri fructus, non tantum induſtriales, ſed & naturales. 47

VIII. 1. Hypothecam jure honorario conſtitui nudo pacto, & tolli: ſi conveniatur, ne pignus petatur. Nova interpunctio & explicatio l. 23. C. de pignoribus. Cujacii, Fabri, Giſanii, & aliorum, taxatæ ſententiæ. 2. Quid, ſi conveniatur, ne debitum petatur? Marcianus ab ingenio correctus duobus locis l. 5. D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur. 3. Severi & Antonini ſenſus in l. 2. C. de remiſſione pignoris. 48

IX. Matrimonii cum amicitia, mariti cum patre, uxoris cum filia, comparatio elegans. Tum communio bonorum an inter hos apud Veteres fuerit, & qualis? Nuptiarum, ut eæ definiuntur c. 1. D. de ritu nuptiarum, explicatio gemina. 50

X. Multum in puniendo deſertore intereſſe, utrum cum neceſſitate, an ultro, ſit reverſus, aut per patrem oblatus. Arrius Menander correctus nove §. 13. l. 4. D. de re militari. 52

XI. Naturæ jus immutabile. Juſtinianus §. XI. Inſtit. de jure naturæ, gentium & civili ex Seneca illuſtratus. 52

XII. Ulpianum l. 25. §. 1. D. de contrahenda emptione a Triboniano corruptum non eſſe, adverſus Jacobum Rævardum. Senſus ejus capitis & quorumdam aliorum. 53

LIBRI TERTII.

I. Quæ ſit conſtans & perpetua voluntas, & quo ſpectet, in juſtitiæ definitione apud Ulpianum l. 10. D. de juſtitia & jure. Stoicorum cum cæteris indicata pugna, & ſublata. 55

II. Quemadmodum jus ſuum cuique tribuendum

dum ſit. Ulpianus & Tryphoninus expoſiti d. l. 10. D. de juſtitia & jure. l. 31. D. Depoſiti. l. 4. §. 1. D. Familiæ erciſcundæ. l. 12. §. 11. D. Mandati vel contra. 56

III. Marcianus emendatus l. 5. D. de interdictis & relegatis & deportatis. 58

IV. Creditor an & quando rei debitæ fur aut prædo ſit? l. 9. C. de adquirenda poſſeſſione emaculata, & Virgilii elegans locus adductus. 59

V. Quando & ubi in criminalibus cauſis de ſervis adverſus dominos habeatur quæſtio. Pars prior l. 1. C. de quæſtionibus vindicata a menda & expoſita. 60

VI. 1. Quando in cauſis pecuniariis tormenta ſervorum adverſus dominos adhibeantur? Earum cum criminibus comparatio. Sententia & lectio poſterioris partis d. l. 1. C. de quæſtionibus. 2. & 3. Ibidem inopia probationum quid ſit, ex Apulejo atque Ovidio ſingulariter demonſtratum. Cujacii rejecta emendatio. Leonini item Robertique ſententia. Defectus probationum quando ſit? Quando aliter veritas inveniri, aut aliter illuminari non poſſit, quam per tormenta? Scrupulus ex compluribus locis exemptus. 4. Jusjurandum, quod ſuppletorium vulgo vocant, quando a Judice deferri ſoleat? Illuſtrata l. 3. C. de rebus creditis & jurejurando. item l. 31. D. de jurejurando. Franciſci Duareni & Hugonis Donelli laudata ac firmata ſententia. 61

VII. Ulpianus emendatus l. x. D. de uſu & habitatione, tranſpoſita vocula tamen. 63

VIII. Mendum ſublatum ex Ulpiani l. 5. §. 3. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat. 63

IX. An directa negotiorum geſtorum actio domino detur adverſus prædonem? huic item an contraria adverſus illum competat? Labes e l. 6. §. 3. D. de negotiis geſtis deterſa ſingulariter. 63

X. Bis idem dici ab Ulpiano in l. 1. §. 7. D. de Ædilitio edicto, item in l. 5. §. 1. D. de jure deliberandi, & a Tryphonino in l. 9. D. de rebus dubiis. 65

XI. Intellectus l. 78. §. ult. D. de contrahenda emptione. 65

XII. Fictionum in jure uſus, & exempla non inconcinna. In his quid ſervitus pœnæ apud noſtros, & cur ea inventa ſit, hactenus nondum tradita ſententia. 67

L I B R I Q U A R T I.

I. An quis poſſit ædificium aut quid aliud ponere in flumine publico, & quemadmodum? Item quid juris ſit in mari aut littore? 2. Scævola correctus l. ult. D. de fluminibus. 69

II. Imperatores, Carus, Carinus & Numerianus, emendati, expuncta litera in l. 6. C. de pactis inter emptorem & venditorem compoſitis. 70

III. Ulpianus emendatus l. 13. §. 1. D. de pigneratitia actione vel contra, & contraria cujuſdam ſententia propoſita & refutata. Expoſita l. 19. C. de pignoribus & hypothecis, & l. 8. C. de pigneratitia actione. 71

IV. Celſus ex conjectura emendatus priore parte l. ult. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta. 73

V. 1. Celſus declaratus parte altera l. ult. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta. 2. & Paulo l. 5. §. 1. D. de præſcriptis verbis conciliatus. 75

VI. Lacuna expleta apud Paulum l. 7. D. de nautico fœnore. 76

VII. 1. Pœna legis Corneliæ de ſicariis puniri latrocinium, ſive homicidium dolo malo factum. 2. Non id quod in rixa fortuita atque improviſa contigit ſubito impetu. 3. Variæ lectiones l. 1. §. 3. D. Ad legem Corneliam de ſicariis. 4. Interpretatio prioris partis ejuſdem loci. 5. Pars poſterior emendatur. 6. Tentatur ejus interpunctio in Titulo 1. Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum. 7. Eadem pars poſterior exponitur: ſimul, quid juris ſit, ſi homo impetu in rixa fortuita, aut per laſciviam occiſus ſit. 77

VIII. Quædam quæ priori ſententiæ adverſari videntur, ratione & Veterum auctoritate infirmantur. 80

IX. Ulpianus emendatus tit. 1. Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum. 82

X. Confirmatur emendatio, quæ tentata fuit libro ſecundo capite octavo in Marciano l. 5. pr. D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur. 83

IX. 1. Gloſſa exempta ex Gajo l. 7. §. 2. D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur. 2. Marcianus expoſitus l. 8. §. 2. D. eodem titulo. 84

XII. 1. De mandato & ejus origine. 2. & 3. Id quemadmodum a commendato & a conſilio diſcernatur. 4. Non eſſe obligatorium conſilium, ſi tibi ſpecialiter ſuadeam id quod non fuiſſes facturus, niſi ego tibi hortator fuiſſem. 5. Mandatum tibi tua gratia eſſe conſilium, non mandatum: neque in eo intereſſe, utrum mandator in ſe ſuſcipiat negotii periculum, an non ſuſcipiat. 6. Lectio & ſententia l. 6. §. 4. & 5. D. Mandati vel contra. 85

GERAR-

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

DE

JURISDICTIONE

ET

IMPERIO

LIBRI DUO.

Editio quarta.

Digitized by Google

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Antecesſoris,

DE

JURISDICTIONE ET IMPERIO

LIBER PRIMUS.

Caput I.

Quid jurisdictio ſit, & quam late pateat.

Quid jurisdictio ſit, & quam late pateat, origo verbi & rei natura indicant. proficiſcitur enim a jus & dicere. jus autem dicere eſt, pronuntiare id quod omnibus vel pluribus in civitate utile habetur. ita enim jus ſumi, & Lactantius refert *lib. 6, Divin. inſt. c. 9.* neque Paulus negat *l. 11. D. de juſtitia & jure.* Caſſiodorus quoque *lib. 6. Var. in Formul. Conſulat.* cum de Conſulis jurisdictione loquitur, eam eodem aut ſimili ſenſu deſcribit. Verba Caſſiodori. *Merito ſupra omnes cives poterat, qui ab hoſte patriam vindicabat, utilitates publicas ſub æquitate diſponens, jus dicebat etiam capiti.* Igitur jus dicere eſt, pronuntiare id quod omnibus vel pleriſque in civitate utile habetur. At quia ea utilitas ſive id jus parum intelligi ſolet, præterquam cauſa cognita; etiam fruſtra dici, niſi jurisdictioni cogendi vis poteſtaſque inſit: facile obtinuit, ut jurisdictionis appellatione non tantum juris pronuntiatio, ſed cognitio quoque, atque executio, contineri viderentur. idque Javolenum opinor velle libro 6. ex Caſſio; cum ait, cui jurisdictio data eſt, ei quoque conceſſa videri ea ſine quibus jurisdictio explicari non poteſt *l. 2. D. de jurisdictione.* Sed uſus jurisdictionis quem dixi, certus eſt *ex l. 5. D. de re judicata, l. unic. §. 1. D. Si quis jus dicenti non obtemperaverit, l. ult. §. 1. D. de officio ejus cui mandata eſt jurisdictio, l. 13. §. 4. D. Ad Senatusconſultum Trebellianum, & ſimilibus.* Adeo licet, illam definiam, notionem quæ Magiſtratui competit cum decernendi atque exequendi poteſtate. Nec refert, utrum ei jure Magiſtratus ſui, an nominatim Lege aut Conſtitutione, deferatur: utramque enim jurisdictionem appellari, cum ſuperioribus conſequens eſt, tum Ulpiani auctoritate liquet; poſtquam in *l. 7. §. 2. l. 8. & 9. D. de officio Proconſulis & Legati* ſcribit, *Cum pleniſſimam jurisdictionem Proconſul habeat, omnium partes, qui Romæ, vel quaſi Magiſtratus, vel extra ordinem jus dicunt, ad ipſum pertinere.* Eodem ſpectat, quod idem Ulpianus *pr. l. 8. D. de transactionibus* refert, D. Marcum effeciſſe, ne transactio alimentorum aliter rata eſſet, quam ſi Prætore auctore facta eſſet; & hanc cognitionem jurisdictionis eſſe, deinde palam affirmat §. 18. *d. l.* 8. His adde, quod tutelæ datio ſpecialis conceſſionis habetur: apud Alexandrum tamen jurisdictio indigitatur *l. 3. C. de confirmando tutore,* verbis iſtis. *Si, ut proponis, pupillo cujus meminiſti, pater inutiliter teſtamento tutores dedit; &, priusquam hi confirmarentur, alii ab eo, cujus jurisdictio eſt, dati ſunt.* Ita Ruſſardus legit: cum vulgo ſit, *alii ab eo, cujus intereſt, dati ſunt.* Sed Ruſſardi conjecturam ſenſus exigit, & Ulpiani ſimilis locus locutioque, non dicam ſuadet, ſed convincit *l. 3. D. de poſtulando, & l. 3. §. 5. D. Judicatum ſolvi.*

Habes veram & naturalem jurisdictionis ſignificationem: ſed quam videtur interdum reſtringere ratio ſubjectæ materiæ: ut apud Ulpianum *l. 6. §. 2. D. de tutelis;* cum ait, *Tutoris dationem neque imperii, neque juriſdictionis eſſe: ſed ei ſoli competere, cui hoc nominatim dedit vel Lex, vel Senatuſconſultum, vel Princeps.* Obſervandum enim, quod loci ejus Inſcriptio indigitat, eum deſumptum eſſe ex Ulpiani libro 38, vel, ſi mavis, libro 39 Ad Sabinum: quo libro illum tutelam, maxime dativam, perſequutum eſſe, veriſimile eſt ex conjunctione *l. 1. D. de tutoribus & curatoribus datis ab his, l. 2. D. de officio Juridici, & ſimilium.* In eo autem libro expoſiturus, quibus Magiſtratibus in urbe atque in provinciis jus ſit tutores dandi, primum dixit, nullis ſuo jure eſſe: nec referre, utrum habeant ea quæ magis imperii, an ea quæ magis juriſdictionis, appellantur: & pro ratione addidit, quod tutoris datio neque imperii neque jurisdictionis eſt; ſed ei ſoli competit cui hoc nominatim dedit vel Lex, vel Senatuſconſultum, vel Princeps. his autem verbis non negavit, tutoris dationem, ſi cui Lege aut Senatuſcon-

ſulto aut Conſtitutione data ſit, recte imperii aut jurisdictionis vocari: ſed ſignificavit, eam non ordinarii imperii, neque ordinariæ jurisdictionis, eſſe; & ideo ad Magiſtratus quibus nominatim conceſſa non ſit aut Lege, aut Senatuſconſulto, aut Conſtitutione, ſola vi imperii aut jurisdictionis non pertinere. Dedi pulchram ac claram Ulpiani interpretationem. ſed, ſi permittes, addam alteram, non minus probabilem, atque ipſam ex ſuperiore profluentem. Cum enim enumeraſſet Ulpianus omnes quibus in urbe atque in provinciis nominatim conceſſum eſſet jus dandi tutores: deinde adhuc quæſiviſſe videtur, an tutelæ datio ab his aliis mandari poſſit; & reſpondiſſe, non poſſe: ut in *l.* 8. *D. de tutoribus & curatoribus datis ab his.* Qua cauſa? quia tutelæ datio neque imperii, neque jurisdictionis, eſt: ſed ei ſoli competit cui hoc nominatim dedit vel Lex, vel Senatuſconſultum, vel Princeps. Senſus vero: Poſſe quidem a Magiſtratu mandari ea quæ illi ſine ſpeciali lege, tantum propter vim imperii aut jurisdictionis, competunt: ſed non ea quæ, abſque lege foret, a jurisdictione atque imperio ſeparata eſſent: porro eſſe hanc tutelæ dationis conditionem, ut qui imperium, aut jurisdictionem habet, eam, niſi nominatim Lege accepit, tantum propter vim imperii aut jurisdictionis non habeat. Vides Ulpiani ſenſum, etiam ſcopum: & adeo velle, tutelæ dationem non quidem hactenus eſſe imperii aut jurisdictionis, ut videatur Magiſtratui competere jure Magiſtratus ſui, ab eoque alii mandari poſſit: ſed non æque velle, hanc, ſi Magiſtratui Lege aut Conſtitutione data ſit, jurisdictionem male appellari: hoc enim illi propoſitum non fuit; præterea origo verbi poteſtaſque, & quem dixi, Veterum uſus, ipſiuſque Ulpiani atque Alexandri auctoritas refellit. Sed verius dixerim, jurisdictionis appellationem, cum de majorum more & his effectis quæ eo recepta ſunt, quæritur, tantum accommodari illis quæ Magiſtratui jure proprio & more competunt: ſin rei naturam & verbi proprietatem ſpectes, etiam deſignare eam quam Ulpianus *pleniſſimam jurisdictionem d. l.* 7. §. *ult. D. de officio Proconſulis & Legati*; aut *officium jus dicentis latiſſimum l.* 1. *D. de jurisdictione*, Gordianus vero *plenam legis actionem* vocat *l.* 1. *C. de adoptionibus:* & ideo his quæ ſpecialis conceſſionis ſunt, negari minime.

Expoſui jurisdictionem quæ civilibus cauſis conſumitur. Videamus, an merum quoque imperium quod criminibus occupatur, jurisdictio appelletur. Quod magis puto, & a Pomponio probari *l.* 2. §. 23. *D. de origine juris*; cum negat, Conſulibus lege permiſſum fuiſſe, injuſſu populi jus dicere de capite civis Romani. Clarius tamen Tertullianus *Ad Scapulam c.* 4. quem locum mihi ſuggeſſit Vir Egregius, Antonius Schultingius, Juriſconſultus, quem honoris cauſa appello, ut inſignis ejus eruditio & peritia rerum antiquarum meretur. Verba Tertulliani. *Potes & officio jurisdictionis tuæ fungi, & humanitatis memineſſe, vel quia & vos ſub gladio eſtis. Quid enim amplius tibi mandatur, quam nocentes confeſſos damnare, negantes autem ad tormenta revocare.* Tertulliano officium jurisdictionis eſt officium meri imperii, ſeu juris gladii. Neque aliter accipitur apud Caſſiodorum *lib.* 6. *Var. Form.* 20. in ſequentibus verbis quæ ſunt de jurisdictione Conſulis. *Secures enim & faſces, quos illi dicavit genio antiquitas, tuis videntur faleris deputata, ut jurisdictio conceſſa vel tacita poſſit admonere provincias.* Vides Conſulis jurisdictionem a Caſſiodoro referri etiam ad cauſas criminales & meri imperii: pariter ut *in Formul.* 1. *ejuſdem libri*, ubi de eadem ſic inſit. *Merito ſupra omnes cives poterat, qui ab hoſte patriam vindicabat, utilitates publicas ſub æquitate diſponens, jus dicebat etiam capiti.* Similiter Papinianus *l.* 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt jurisdictio* ſcribit, *Errare Magiſtratus, qui cum publici judicii habent exercitionem, veluti Legis Juliæ de adulteriis, & ſi quæ ſunt aliæ ſimiles, jurisdictionem ſuam mandant.* pro, mandant jurisdictionem ſibi Lege Julia conceſſam. quæ cum quæſtio ſive criminalis jurisdictio ſit, probatum eſt, jurisdictionem ad cauſas quam civiles, tam criminales, referri recte. Nec tamen inficior, his rarius, illis frequentius, eam applicari; & quæ de criminibus eſt, hanc magis merum imperium, ſeu poteſtatem, quæ vero de civilibus cauſis eſt, eam magis jurisdictionem appellari *l.* 3. *D. de jurisdictione.* Sed vulgo notum eſt, verborum inopia, & rerum multitudine fieri, ut, quæ generis loco ſunt, ſæpe in ſpeciem tranſeant, & generale nomen tantum in parte retineant.

CAPUT II.

Jurisdictionem & imperium tantum nominis ſono diſtingui. Ulpianus l. 3. *D. de jurisdictione expoſitus, ſalva lectione hactenus recepta.*

Dictum hactenus de jurisdictione: deinde de imperio videndum. de quo ita Ulpianus *l.* 3. *D. de jurisdictione.*

Imperium aut merum eſt, aut mixtum eſt. merum eſt imperium, habere gladii poteſtatem ad animadvertendum facinoroſos homines, quod etiam poteſtas appellatur. Mixtum eſt imperium, cui etiam jurisdictio ineſt, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit. Jurisdictio eſt etiam judicis dandi licentia.

Locus optimus; ſed multis corruptus, omnibus obſcurus, videtur: non aliam ob cauſam, quam

quam quia non omnibus liquet, quid ſit hoc, *Mixtum imperium eſt, cui etiam jurisdictio ineſt.* Igitur ut lucem inferam, ſimul receptam lectionem ſervem, primum lubet inquirere, quid *imperium*, deinde quid *ineſſe*, ſignificet. Puto autem, imperium indigitare Magiſtratus poteſtatem; & idem jurisdictioni haberi. Inde Pomponius *l.* 215. *D. de verborum ſignificatione* ait, poteſtatis verbum in perſonis Magiſtratuum imperium ſignificare. Et Ulpianus *l.* 7. §. 14. *D. de pactis* ſcribit, *Si paciſcar, ne operis novi nunciationem exſequar, quoſdam putare, non valere pactionem, quaſi in ea re Prætoris imperium verſetur:* id eſt, prætoria jurisdictio, vel ipſo Ulpiano interprete *l.* 1. §. 9. *D. de novi operis nunciatione.* Paulus quoque *l.* 12. §. 1. *D. de judiciis, Eum, cui mandata eſt jurisdictio, judicem dare poſſe: ut ſunt Legati Proconſulum. item hos, quibus id more conceſſum eſt, propter vim imperii: ſicut Præfectus urbi, cæterique Romæ Magiſtratus:* pro propter vim jurisdictionis: nam (ut Ulpianus *l.* 3. *D. de jurisdictione* refert) *jurisdictio eſt etiam judicis dandi licentia.* Rurſus Gajus *l.* 2. *D. de adoptionibus* infit, *Generalem adoptionem duobus modis fieri, aut Principis auctoritate, aut Magiſtratus imperio:* id eſt, ut ego expono, jurisdictione voluntaria; ſic enim appellatur *l.* 2. *D. de officio Proconſulis & Legati.* Similiter Ulpianus *l.* 13. §. 4. *D. Ad Senatuſconſultum Trebellianum:* ait enim, *Prætorem in Prætorem, vel Conſulem in Conſulem nullum imperium habere; ſed ſi jurisdictioni ſe ſubjiciant, Prætorem in eos jùs dicere.* Ulpianus jurisdictionem atque imperium, item imperium habere & jus dicere, pariter accipit. Et hoc eum velle arbitror *d. l.* 3. cum ſic infit, *Mixtum eſt imperium, cui etiam jurisdictio ineſt:* ſenſus enim, Mixtum imperium eſt, quo etiam jurisdictio continetur; ſive mixtum imperium eſt quod civili jurisdictione cenſetur; ſive, quod etiam jurisdictio appellatur. Habes Ulpiani ſenſum, ſed paucis confirmandum. Ipſe ſimiliter *l.* 7. §. 10. *D. de pactis* ait, *Fraudem dolo ineſſe*, pro fraudem videri eamdem dolo. quo modo Auguſtinus, *Expoſit. in Euangel. Joan. tract.* 7. *cap.* 1. *tom.* 9. *pag.* 29. *col.* 1. *in ſin. Dolus fraus eſt, ſimulatio eſt.* Idem rurſus Ulpianus, *Pacta conventa judiciis bonæ fidei ineſſe l.* 7. §. 5. *D. eod. tit.* pro his contineri *l.* 72. *D. de contrahenda emptione*, & eorum jure ac nomine cenſeri haberique. Et, *In empto paratum ineſſe, in parato non continuo emptum contineri l.* 47. §. 1. *D. de legatis lib.* 3. pro quod emptum eſt, id paratum eſſe, quod vero paratum eſt, id non continuo emptum videri. Præter Ulpianum utitur & Cicero eo verbo eodem aut pari ſenſu, *De natura Deorum lib.* 1. *c.* 42. cum ſic infit, *Horum enim ſententiæ omnium non modo ſuperſtitionem tollunt, in qua ineſt timor inanis Deorum; ſed etiam religionem, quæ Deorum cultu pio continetur.* Utitur & Ovidius *Heroidum epiſtola* XVII. quæ eſt Helenæ ad Paridem. Verſus Ovidii.

Ipſe mihi quoties iratus, adultera, dices,
Oblitus noſtro crimen ineſſe tuum?
Delicti fies idem reprehenſor & auctor.

Sed ſatis apparet, illud Ulpiani, *Mixtum imperium eſt, cui etiam jurisdictio ineſt*, tantum velle, quod mixtum imperium eſt, hoc etiam jurisdictionem appellari. Sane imperium pro genere ponit: ejus ſpecies duas facit, ex his alteram imperium merum, alteram imperium mixtum vocat, & utramque ab exemplis definit: ut ſæpe Veteres, Iſidoro teſte *lib.* 2. *Originum c.* 29. *verſ. undecima p.* 882. & Jurisconſulti *l.* 2. §. 1. *l.* 6. §. 1. *D. de rerum diviſione. l.* 5. *D. de pactis. l.* 7. *D. de interdictis & relegatis:* etiam Imperator §. 3. *Inſt. de jure naturali gentium & civili.* Prima Ulpiano ſpecies venit merum imperium: id vero eſſe infit, verbi gratia, gladii poteſtatem habere, & alias poteſtatem vocari: ut in illo Lampridii *in vita Alexandri Severi c.* 49. *Honores juris gladii nunquam vendi paſſus eſt, dicens, neceſſe eſſe, ut, qui emat, vendat. Ego non patiar mercatores poteſtatum.* Vides ſpeciem imperii unam. Quæ altera? Imperium mixtum cui etiam jurisdictio ineſt: id eſt, quod alio nomine etiam jurisdictio appellatur. Paulus *l.* 1. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata jurisdictio eſt* dicit, *Imperium quod jurisdictioni cohæret:* pari forma qua Papinianus *l.* 72. §. 6. *D. de conditionibus & demonſtrationibus* ait, *Rationem legandi legato non cohærere:* ſignificans, rationem legato adſcriptam, non eſſe legandi rationem. Ipſe quoque Paulus *l.* 126. §. 1. *D. de verborum obligationibus, Minus*, inquit, *eſt in eo uſufructu quem per ſe quis promiſit, quam in eo qui proprietatem comitatur:* pro, in eo qui proprietate cenſetur; vel qui alias proprietas dicitur *l.* 78. *D. de jure dotium.* Eſt igitur Ulpiano mixtum imperium cui etiam jurisdictio ineſt: id eſt, ut Paulus loquitur, quod jurisdictioni cohæret; vel, ut ipſe explicui, quod etiam jurisdictio appellatur. Sed id quale? ait Ulpianus, Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit. Ulpianus definitionem tradit ab exemplo: eſtque ea perinde accipienda, quaſi roganti, quid ſit mixtum imperium ſive jurisdictio, reſpondeat Ulpianus, mixtum imperium, ſive jurisdictionem, eſſe verbi gratia, jus dandæ bonorum poſſeſſionis. nec ad hoc ſubſiſtit Ulpianus. amplius ait, eſſe & Judicis dandi licentiam. nihil enim aliud agit, cum ſubjicit, *Jurisdictio eſt etiam judicis dandi licentia*; quam ut oſtendat, & bonorum poſſeſſionem, & Judicis dationem, pariter & mixti imperii & jurisdictionis haberi: adeo ſive jurisdictionem, ſive mixtum imperium, dicas; rem eodem recidere, & utrumque duabus abſolvi partibus: id eſt, Judicis dandi licentia, & Prætoris cognitione ac decreto cujus exemplum eſt datio bonorum poſſeſſionis. Verum patet, Ulpianum imperium mixtum cum jurisdictione confundere; & ejus qualem qualem definitionem, pro Veterum more, exemplis paucis expoſuiſſe.

Caput

CAPUT III.

Quo ſenſu Ulpianus & Paulus imperium & jurisdictionem diſtinxerint l. 4. D. de jurisdictione, & l. 26. pr. & §. 1. D. Ad municipalem.

Difficultatem tamen his idem ex transverſo injicit Ulpianus *l. 4. D. de jurisdictione* verbis iſtis. *Jubere caveri prætoria ſtipulatione, & in poſſeſſionem mittere, imperii magis eſt, quam jurisdictionis.* Ait, eſſe quæ magis imperii ſunt; ait, eſſe quæ magis jurisdictionis habentur. videtur igitur aliam jurisdictionem, aliud imperium, facere. Sed non eſt ita; neque Ulpiano ratio fuit, generaliter quæ imperii, quæque jurisdictionis ſint, definire; ſed quid in Magiſtratibus municipalibus obſervetur, fere id oſtendere. Hoc Inſcriptio indicat: quæ Ulpiani ad Edictum librum primum præfert: quo eum de Magiſtratuum municipalium poteſtate egiſſe, patet ex *l. 25. D. Ad municipalem, l. 1. l. 4. D. de damno infecto*, & pluribus Pandectarum Fragmentis. Sed & Paulus ſcribit ſimiliter ad Edictum libro primo: *Ea, quæ magis imperii ſunt, quam jurisdictionis, Magiſtratum municipalem facere non poſſe.* Item, *Magiſtratibus municipalibus non permitti in integrum reſtituere, aut bona rei ſervandæ cauſa jubere poſſideri, aut dotis ſervandæ cauſa, vel legatorum ſervandorum cauſa. l. 26. pr. & §. 1. D. Ad municipalem.* Unde apparet, aliter jurisdictionem ſonare, aliter imperium: ſed tantum in municipalibus, non etiam in cæteris, Magiſtratibus: ut mox plenius oſtendam. At cur in municipalibus? quia Edictum perpetuum, cum his dedit notionem de quibuſdam cauſis, eam non imperium dixit, ſed jurisdictionem; ipſamque non in infinitum conceſſit, ſed uſque ad certam ſummam: uti idem Paulus eodem libro primo ad Edictum docet *l. 28. D. eod. tit. l. ult. D. de jurisdictione, & lib. 5. Sentent. tit. 5.* His adde, quod eam non pro tribunali dedit, ſed de plano dedit. Adeo & II. VIR. I. D. aut IIII. VIR. I. D. aut IIIIII. VIR. I. D. id eſt, Duumvir juri dicundo, aut Quatuorvir juri dicundo, aut Sevir juri dicundo, paſſim legitur in antiquis Inſcriptionibus, & jurisdictionis municipalis mentio ſæpe fit in Fragmentis Juris, ut *in l. 29. D. Ad municipal. & alibi:* imperii autem mixti, aut tribunalis municipalis, mentio in Fragmentis Juris non fit. Scio, Suetonius *De claris Rhetoribus c. 6.* ſic inquit. *Cajus Albutius Silus Novarienſis, quum ædilitate in patria fungeretur, quum forte jus diceret, ab iis contra quos pronuntiabat, pedibus a tribunali detractus eſt.* Sed Suetonius tribunal abuſive dixit locum in quo poſitis ſubſelliis conſidebat Magiſtratus juri dicundo: quæ ſubſellia in municipiis videntur fuiſſe Magiſtratuum, ſicut Romæ fuere Tribunorum, Triumvirorum, Quæſtorum, & hujuſmodi minora judicia exercentium: qui non habebant tribunal, auctore Aſconio Pediano *ad Divinat. in Verr. pag. 34.* abuſive, inquam, & conſimili ambitione, qua & Curia Senatus, & Decuriones Senatores, & Duumviri Dictatores, Conſules, & Prætores, appellantur apud Veteres. Idem judicium eſto de ſequentibus Inſcriptionibus apud Reineſium: prior eſt 89. claſſis 2.

MELANTHVS. P. DECII
ET. COLLEGA. MAG. NE
TRIBVNAL. NOVVM. A. SOLO. FECERE
THEATRVM. ET. PROSCENIVM. REFECERE
LVDIS. SCENICIS. BIDVO. DEDICAR
D. S. P.

Altera Inſcriptio eſt 44. claſſis 6.

HONORI
M. GAVI. M. F
POB. SQVILLIANI
EQ. PVB. IIII. VIR. I. D.
IIII. VIR. AP. VB.
CVRATORI. VICETINOR
APPARITORES. ET
LIMOCINCTI
TRIBVNALIS. EIVS

Nec mutat, quod & tribunal & ſublimis ſuggeſtus municipalibus Magiſtratibus adſcribi videtur etiam in ſequentibus Apuleji verbis *lib. 3. Metamorph.* *Tandem pererratis plateis omnibus, & in modum eorum, qui luſtralibus piamentis minas portentorum hoſtiis circumforaneis expiant, circumductus angulatim, forum, ejuſque tribunal adſtituor. Jamque ſublimi ſuggeſtu Magiſtratibus reſidentibus, jamque &c.* Nam res, quam narrat Apulejus, ludicra eſt, & ad riſum facta: ut ipſe indicat; cum poſt pergit. *Nam luſus iſte, quem publice gratiſſimo Deo Riſui per annua reverticula ſolenniter celebramus, ſemper commenti novitate floreſcit.* Adeo vix eſt, ut ex Apuleji verbis argumentum ſerio fieri poſſit pro municipali tribunali: maxime, cum non modo veſtigium ejus nullum extet in Fragmentis Juris Civilis: ſed Plutarchus quoque in *Præceptis reipublicæ gerendæ, pag. 813. tom. 2. edition. Pariſ.* municipalem Magiſtratum clare ponat infra tribunal. Verba Plutarchi hæc ſunt. *Sed & hæc commemoranda; imperas ſubditus, urbi præfectus quæ proconſulibus, aut procuratoribus Cæſaris eſt ſubjecta. non hic lanceæ campi ſunt, nec priſcæ Sardes, neque Lydorum illa potentia. geſtanda tibi eſt chlamis vilior, & a prætorio oculi in tribunal convertendi, neque multum fiduciæ in corona ponendum, cum ſupra caput tuum calceos cernas.* Præterea Paulus *l. 38. §. 10. D. de pœnis* Magiſtratum municipalem appellat, *Pedaneum Judicem*, ſcribens, illum, ſi pecunia corruptus ſit,

ſit, Curia, ſeu Ordine Decurionum, ſummovendum eſſe. At Magiſtratum qui tribunali præeſt, numquam Pedaneum Judicem dici, inter omnes conſtat. His accedit, quod Paulus *l.* 105. *D. de regulis juris* quæ eſt ex libro ejus primo ad Edictum, & ideo conjungenda cum *d. l.* 26. non minus clare, quam commode, definit, *Ubicunque cauſæ cognitio eſt, ibi* (quia tribunali opus, ut oſtendam capite 10.) *Prætorem deſiderari*: id eſt, non ſufficere municipalem Magiſtratum; quem idem Paulus, ut dixi, Judicem Pedaneum appellat. Et Paulo convenienter Ulpianus libro primo ad Edictum *l.* 4. §. 4. *D. de damno infecto*, *Si forte duretur non caveri*, (in cauſa damni infecti) *ut poſſidere liceat, quod cauſa cognita fieri ſolet*, (& ideo pro tribunali) *non Duumviros*, (qui ſunt municipales Magiſtratus) *ſed Prætorem vel Præſidem permiſſuros*. Quod ſi eſt; apparet cauſa inventæ differentiæ inter juriſdictionem & imperium in municipalibus Magiſtratibus: ſimul, juriſdictionem in ipſorum perſonis partes juriſdictionis illas comprehendere quæ de plano exerceri poſſunt; cæteras quæ cognitionem & tribunal exigunt, id eſt, quæ mixti imperii ſeu totius juriſdictionis ſunt, nullas comprehendere: imo, ne illas quidem quæ de plano exercentur; ſi præſertim Prætor eas ſibi in Edicto reſervaverit: ut in edictalibus bonorum poſſeſſionibus factum: quæ, etſi ſolerent de plano peti & dari, tamen mixto imperio accenſebantur *l.* 3. *D. de juriſdictione*; neque a Duumviris peti poterant, ſed a Prætore: niſi poſtquam id mutavit Conſtantinus *l. ult. C. Qui admitti ad bonorum poſſeſſionem poſſunt*. Quid ergo eſt? ego cenſeo, imperium a juriſdictione, quantum ad Magiſtratus municipales attinet, non tam vocabuli proprietate, quam docentium uſu, ſeparari; &, quia lex notionem municipalium Magiſtratuum juriſdictionem appellavit, feciſſe vocabulorum paupertatem, & diſtinguendi neceſſitatem, ut eadem, ſi cum poteſtate Romani Magiſtratus conferretur, tantum juriſdictio diceretur: ea vero quæ Romani Magiſtratus eſt, magis imperium appellaretur. Ut tamen in Romano Magiſtratu iſta quæ imperii, eadem juriſdictionis, & quæ juriſdictionis, eadem imperii, haberentur. Sane, ſi cui Prætor, aut ſimilis Populi Romani Magiſtratus, juriſdictionem delegaret; tum (ut Ulpianus loquitur *l.* 1. §. 4. *D. de ſuſpectis tutoribus*) officium totum juris dicundi ad illum tranſibat: & ideo ea quoque quæ imperii ſunt, ei mandata intelligebantur; ut, quod Macer notat *libro* 1. *De officio Præſidis*, cognitio de ſuſpectis tutoribus, & ſi poſſeſſio bonorum detur, vel ſi cui damni infecti non caveatur, ut is poſſidere jubeatur, aut ventris nomine in poſſeſſionem mulier, vel is cui legatum eſt, legatorum ſervandorum cauſa in poſſeſſionem mittatur *l.* 4. *pr.* & §. 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio*. His adde, quod idem Ulpianus ſcribit *l.* 1. §. *ult. D. de ſtipulationibus prætoriis*, eique Pomponius conſentit *l.* 5. *D. de verborum obligationibus*, jubere caveri prætoria ſtipulatione prætoriæ juriſdictionis eſſe. præterea *l.* 1. §. 10. *D. de poſtulando*, & *l.* 16. §. *ult. D. de minoribus*, tam Præfectum urbi, quam alios Magiſtratus pro juriſdictione ſua reſtituere in integrum. Item Ad Edictum libro primo *l.* 1. *D. de damno infecto*, cum res damni infecti celeritatem deſideret, & perículoſa dilatio Prætori videatur, ſi ex hac cauſa ſibi juriſdictionem reſervaret, Magiſtratibus municipalibus delegandum hoc recte putaviſſe. Et rurſus *l.* 4. §. 3. *D. de damno infecto*, Prætorem vel Præſidem Magiſtratibus municipalibus duas res injunxiſſe, cautionem, & in poſſeſſionem miſſionem; cætera ſuæ juriſdictioni reſervaviſſe. Quæ mihi placent, atque ea quæ in *l.* 4. *D. de juriſdictione*, & *l.* 26. §. 1. *D. Ad municipalem*, reſpectu municipalium Magiſtratuum dicuntur magis imperii eſſe, quam juriſdictionis, in cæteris magiſtratibus æque juriſdictionis, atque imperii eſſe, clare evincunt. Niſi Paulus intercedit *l. ult.* §. 1. & *l.* 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio*, locis ſane aſperis & difficilibus. Sed ea ſuperavi infra libri ſecundi capite ſecundo.

Caput IV.

De mero imperio, ſeu gladii poteſtate. id quo ſenſu merum dicatur, & a mixto imperio ſeparetur? Cognitionem & decretum meri imperii partem facere.

De imperii & juriſdictionis ſignificatione dictum ſatis. porro de formis dicendum: cum autem imperium duplex ſit, merum, aut mixtum; primum de mero videndum. Id ab Ulpiano *l.* 3. *D. de juriſdictione* definitur, *Habere gladii poteſtatem ad animadvertendum in facinoroſos homines*. Ait, *gladii*; &, ut puto, exempli cauſa: utitur enim ſpecie imperfectæ definitionis, quam Iſidorus κατ' ἀναλογίαν appellat; non definitione ex genere & differentia. Adeo perinde acceperim Ulpianum, ac ſi dixiſſet, merum imperium eſſe, verbi gratia, habere gladii poteſtatem. non enim gladius qui apud Ulpianum de ultimo ſupplicio dicitur, tantum ad merum imperium refertur, ſed & quævis alia criminum coërcitio, quam Ulpianus a gladii poteſtate ſeparat *l.* 6. *D. de officio Proconſulis & Legati. l.* 70. *D. de regulis juris. l.* 6. §. 8. *D. de officio Præſidis*. Nec tamen inficior, Veteres interdum per gladium etiam integrum merum imperium, non tantum partem ejus, indigitare: ut cum honores juris gladii

apud Lampridium legimus *in vita Alexandri Severi c.* 49. Sed apud Ulpianum contra eſt: & forſan in illo Prudentii *Cathemerin. hymno ante ſomnum.*

Quæſitor ille ſolus
Animæque corporiſque,
Enſiſque bis timendus
Prima ac ſecunda mors eſt.

Deinde ait Ulpianus, *Ad animadvertendum in facinoroſos homines.* Video, ex his verbis colligi, jus gladii tantum executione, non etiam cognitione, conſtare: & ideo alio nomine merum imperium dici, quaſi ſolum & nudum imperium: etiam opponi imperio mixto cui juriſdictio ineſt: poſtremo, coërcitionem, executionem, animadverſionem, poteſtatem, juſque animadvertendi, appellari *d. l.* 3. *& l.* 21. *D. de officio Proconſulis & Legati l.* 1. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio. l.* 131. *D. de verborum ſignificatione.* Quod mihi non placet: nam cum hoc imperium vocatur *merum*, idemque *mixto* opponitur; non hanc cauſam habet, quod id ſolum ac nudum imperium eſt; quamquam & *merum* hac ſignificatione ſumi, non ignorem, aut negem: ſed quia ad ultionem læſæ diſciplinæ reſpicit, & ſeveritatem Judicis ac vim requirit, & ob id vehementius & inſignius habetur: ut ſolent quæ nulla admixtione aut corrupta, aut attemperata, ſunt. Eo ſenſu *merum* Latine ſcientibus uſurpari, etiam Obertus Gifanius obſervat, *Indice ad Lucretium*; & apud Sidonium Apollinarem accipitur *lib.* 4. *epiſt.* 1. iſtis verbis. *Purius, fortius, meracius amare.* Juſtinianus quoque *l.* 12. *C. de legitimis heredibus* hoc ſenſu, *Omne*, inquit, *jus quod ex quacunque lege liberis præſtitum eſt, hoc* merum *atque* immutilatum *hujuſmodi filiis vel filiabus ſervari.* Contra id imperium quod *mixtum* eſt, non idcirco ſic appellatur, quia cognitioni miſcetur: minime: ſed quia lenius eſt, aut non tam vehemens, quam merum imperium: neque ad vindicandam reipublicæ majeſtatem, ſed ad regendam privatorum utilitatem refertur. Sic mihi videtur: & facit priori ſententiæ, quod Pomponius *l.* 2. §. 18. *D. de origine juris*, & Arcadius Chariſius *l. unic. D. de officio Præfecti prætorio*, capitis animadverſionem eadem ratione ſummam & majorem poteſtatem vocant. Facit utrique Cicero *pro Cæcina*, cum ſic ſcribit. *Omnia judicia aut diſtrahendarum controverſiarum, aut puniendorum maleficiorum cauſa reperta ſunt: quorum alterum* lenius *eſt, propterea quod & minus lædit, & perſæpe diſceptatore domeſtico dijudicatur. Alterum eſt* vehementiſſimum, *quod & ad graviores res pertinet, & non honorariam operam amici, ſed ſeveritatem judicis ac vim requirit.*

At enim merum imperium dicitur gladii poteſtas ad animadvertendum, dicitur & coërcitio, & animadverſio. Memini: ſed id non obſtat; neque magis cognitionem ab imperio mero excludit; quam lex, cum Magiſtratui cognitionem aut juriſdictionem indulget, ab ea executionem aut notionem ſeparat. Igitur & imperium, & animadverſio, & coërcitio, plenius accipienda ſunt; ut animadverſionem ſeu juriſdictionem integram exhibeant: velut in Edicto de injuriis, & de minoribus; vel Ulpiano interprete *l.* 15. §. 28. *D. de injuriis, & l.* 1. §. 1. *juncta l.* 24. §. *ult. D. de minoribus.* Quamquam quid verbis opus eſt? ubi res apparet, & Ulpianus ſcribit *l.* 6. *D. de officio Proconſulis & Legati, Proconſules ſolere cuſtodiarum cognitionem mandare Legatis: ſcilicet ut præauditas cuſtodias ad ſe remittant, ut innocentem ipſi liberent. ſed hoc genus mandati extraordinarium eſſe:* & addit, *nec enim poſſe quem gladii poteſtatem ſibi datam, vel cujus alterius coërcitionis, ad alium transferre.* Unde conſtat, cognitionem Ulpiano facere partem poteſtatis gladii, & ſub mero imperio comprehendi. Sed hoc probant quoque formulæ legum publicorum judiciorum: in quibus ita caveri, docuit me Ciceronis Oratio *Pro Cluentio*, & *Collatio Legum Moſaicarum & Romanarum Tit.* 1. *Uti is Prætor, Judexve quæſtionis, cui ſorte obvenerit quæſtio de ſicariis, quærat cum his judicibus, qui ex lege ſorte obvenerint.* Idem Virgilius oſtendit *lib.* 6. *Æneid. verſ.* 431. verbis ſequentibus.

Nec vero hæ ſine ſorte datæ, ſine judice ſedes,
Quæſitor Minos urnam movet, ille ſilentum
Conſiliumque vocat, vitasque, & crimina diſcit.

Vides Quæſitorem, cum urnam movere, Conſilium convocare, vitas & crimina diſcere: id vero quid aliud eſt, quam eum qui merum imperium habet, de criminibus cognoſcere, & pronuntiare? id eſt, jus dicere. Atque hoc Aſconius Pedianus ex illo Virgilii loco obſervat, & ſic tradit in *Argumento orationis Ciceronis in Verrem de prætura urbana.* Verba Aſconii. *Ad hanc ſimilitudinem Poëta Virgilius Minoëm judicem apud inferos, tanquam ſi Prætor ſit rerum capitalium, Quæſitorem appellat, dat ibi ſortitionem, ubi urnam nominat, dat electionem judicum, cum dicit, conſiliumque vocat, dat cognitionem facinorum, cum dicit; vitaſque & crimina diſcit.* Sed & ſententiæ pronunciationem Prætori, ſeu Quæſitori, competiiſſe, præter eumdem Aſconium *in Proœmio actionis in Verrem p.* 47. *&* 48. & *in Argumento Milonianæ p.* 191. clare atteſtatur Plutarchus *in vita Pompeji p.* 620. *ad fin.*

Caput V.

Mixti imperii partes duas eſſe, decretum, & judicis dationem.

Sed hujuſmodi imperium Ulpiano merum eſt. idem mixtum vocat *d. l.* 3. quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit: & addit, juriſdictionem etiam Judicis dandi licentiam eſſe. Ita formæ ſive mixti imperii, ſive juriſdictionis, duæ videntur, decretum, & Judicis datio: ſed utriuſque formæ exempla multa habentur: ſive enim Judex, ſive Arbiter, ſive Recuperator, detur; Judicis datio eſt, & ad alium notio transfertur: contra, ſive bonorum poſſeſſio, ſive addictio, executioque, ſive in integrum reſtitutio, ſive id genus alia interveniant; decretum dicitur, & Prætoris opera deſideratur. Igitur exempla mixti imperii (ut dixi) multa, formæ tantum duæ, habentur. Inde Aſconius in *Proœmio actionis in Verrem p.*46. ſcribit, *Inſtituta Prætorum in decretis interponendis, dijudicandiſque cauſis verſari.* Ait, *dijudicandis cauſis* pro cauſis Judicem dando: ut in illo Vopiſci in *Floriano c.* 2. *Qui Taprobanis Præſidem imponat, qui ad Romanam inſulam Proconſulem mittat, qui Sarmatis omnibus judicet*; pro Judicem det: quod ibi Salmaſius annotavit *p.*623. Res certa: nam & Cicero *lib.* 3. *De legibus* infit, *Juris diſceptatorem, qui privata judicet, judicarive jubeat, Prætorem fore.* Eodem ſenſu Plautus in *Menæchm.* definit, *Aut ad populum, aut in jure, aut ad judicem, rem eſſe.* Publica enim judicia olim apud Populum, privatæ vero cauſæ aut apud Magiſtratum, aut apud Judicem datum, expediebantur: atque illo caſu in jure, iſto in judicio, eſſe dicebantur *l.* 15. *D. Ratam rem haberi.* Hæc de diviſione.

Caput VI.

De origine ejus diviſionis: antiquam eſſe, & cum urbe Roma cœpiſſe.

Porro videndum, qua ratione & quo jure ea diviſio nata videatur. Et Ulpianus *l.* 12. §. 1. *D. de judiciis* eam, quod ad Magiſtratus urbanos attinet, mori majorum imputat: ſed tempus quo mos invaluerit, nullum adjicit. Suſpicor tamen, cum Urbe, atque ipſo Romano nomine, ſurrexiſſe: quippe a Regibus fluxiſſe, ab his ad Conſules veniſſe, a Conſulibus denique ad Prætores, ſimileſque Magiſtratus, tranſiiſſe. Movet me quod Dionyſius Halicarnaſſeus auctor eſt *lib.* 10. *Antiq. Roman. cap.* 1. Conſules inter cætera regia officia etiam juris cognitionem ſibi ſumpſiſſe, liteſque inter litigatores quacumque de cauſa ortas, jure decidiſſe. Idem præterea Dionyſius *lib.* 2. ſcribit, id Romuli inſtitutum fuiſſe, ut alias per ſe cognoſceret, alias per Judices quibus formula data oſtenderet, quemadmodum judicandum eſſet. Verba Dionyſii hæc ſunt. *Regis quidem hæc munia eximia eſſe juſſit, ut legum & morum patriorum cuſtos eſſet, & omnis juris naturalis, & ex communi hominum conſenſu pactoque ſcripti curam gereret, & de graviſſimis injuriis ipſe cognoſceret, leviorum vero cauſarum notionem Senatoribus permitteret, ita tamen, ut caveret, ne quid interim in judiciis peccaretur.* En, ait, Romulum voluiſſe, Regis officium eſſe, per ſe jus dicere de quæſtionibus juris, cum civilis, tum naturalis; denique de graviſſimis injuriis: leviores vero cauſas Senatorum notioni permittere: ita tamen, ut caveret, ne quid interim in judiciis peccaretur: id vero ideo, quia Judices ab eo dati tantum ex jure ab eo dicto & præſcripto judicabant: adeo neque abſolvere, neque condemnare, poterant, niſi ejus permiſſu: id enim formulæ & Judicis dationi conſequens eſſe, vel ex Seneca intelligimus: cujus verba ex *lib.* 3. *De beneficiis cap.* 7. hæc ſunt. *Quæcunque in cognitionem cadunt, comprehendi poſſunt, & non dare infinitam licentiam judici. Ideo melior videtur conditio cauſæ bonæ, ſi ad judicem, quam ſi ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat terminos ponit. &c.* Igitur a Romulo hæc judicandi forma varietaſque. Romulum vero Numam ſequutum, Feſtus in voce *reus* auctor eſt: nam & Judicis & Arbitri in quadam ejus lege meminit: ut eorum nomina & notionem ea tempeſtate innotuiſſe veriſimile ſit. Verba Feſti appoſui. *Numa in ſecunda tabula, ſecunda lege, in qua ſcriptum eſt, quid horum fuat unum judici, arbitrove, reove, eo die diffenſus eſto.* Sed ea quidem de Romulo & Numa mihi probabilia videntur: quod autem ad Servium Tullium attinet, pene hæreo: quia eum a priorum more atque inſtituto receſſiſſe, idem Dionyſius refert *lib.* 4. *Antiq. Rom. c.* 3. Utrum tamen Servius univerſam juriſdictionis formam inverterit, an judiciorum cauſas ampliaverit: &, cum priores Reges in his pleraque arbitratu ſuo agerent, ipſe ſe neceſſitati Judicis dandi ſubjecerit, eumque in finem elegerit certos homines ex quibus Judices daret in ſingulis cauſis, pariter ut a Prætore factum deinde eſſe oſtendam capite XIII, id neque affirmaverim temere, neque negaverim. Hoc tamen veriſimilius puto, idque a Dionyſio indigitari verbis ſequentibus. *Tullius de regii imperii auctoritate ac poteſtate ipſe dimidium detraxit, quum enim omnes ſuperiores Reges omnium litium judicia ad ſe transferri vellent,*

lent, & de omnibus tam privatis, quam publicis cauſis arbitratu ſuo cognoſcerent, ille, ſeparatis publicis a privatis, ipſe quidem de criminibus ad rempublicam pertinentibus cognoſcebat, privatorum vero judices privatos conſtituit, quibus leges a ſe latas ut regulas præſcripſit, quas in judiciis & rebus decidendis ſequerentur. Hæc Dionyſius: quem ita accipio, quaſi hoc velit, Servium privatas lites ab injuriis publicis diſtinxiſſe, & has ipſum per ſe, illas per perſonas privatas & datos Judices, cognoviſſe: itaque a Romuli & cæterorum inſtituto receſſiſſe in eo: quod illi litium ſibi, etiam privatarum, cognitionem ſumpſere; præterquam ſi minores eſſent, ut tamen & has arbitrarias haberent: Servius omnes privatas pro minoribus habuit, ſoliſque ipſe cauſis publicis ſedit; privatis autem Judicem & formulam dedit. Verum quidquid ejus rei ſit, ut dixi, non definio. Quod ſequitur, pro certo dixerim, ipſis Duodecim Tabulis juriſdictionis utramque partem, id eſt, & cognitionem & Judicis dationem, Magiſtratibus plane permiſſam aut non ademptam eſſe, idque conſtare eo Fragmento quod Gellius habet *lib.* 20. *Noct. Attic. c.* 1. ubi infit, Legem Duodecim Tabularum voluiſſe, *judicem arbitrumve in jure datum qui ob rem dicendam pecuniam accepiſſe convictus erit, capite pæniri.* Prodit & Feſtus aliud in ſequentibus verbis. *Et in* XII. *Si vindiciam falſam tulit, ſi velit is . . . tor arbitros tres dato, eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito.* Verba corrupta ſunt: ſed volunt, Si quis vindiciam falſam tulerit, ejus rei ſive litis a Prætore tres dari arbitros quorum arbitrio dupli fructus reſtituantur.

CAPUT VII.

Prætorem in quibuſdam cauſis per ſe cognoviſſe, in quibuſdam per judicem datum, tertium genus nullum fuiſſe. l. 2. C. de pedaneis judicibus diſpuncta.

Sed de origine ejus differentiæ ſatis. Porro quod attinet ad cauſas, in quibus vel ſolet Judex dari jure & ordine, vel Magiſtratus extra ordinem cognoſcere, duplex eſt Interpretum ſententia. una permittit Prætori libertatem, velitne Judicem dare ordinario jure, an malit ipſe extra ordinem cognoſcere. altera facit tria cauſarum genera: quarum aliæ Judicis notionem exigant, Prætoris autem cognitionem non admittant: aliæ ad Prætorem tantum, non ad Judicem datum, pertineant: aliæ denique arbitrariæ habeantur. Sed ego neutri accedo: imo miror, viris egregiis & doctis opinionem, tam ipſis diſſimilem, & a vetere Jure tam abhorrentem, aliquando in mentem veniſſe. Primum, quid certius eſt, quam Prætores lege Cornelia juſſos fuiſſe, ex Edictis ſuis perpetuis jus dicere? in quibus autem cauſis in Edicto Judicem & formulam promiſere, in his ab Edicto abire, atque extra ordinem intervenire, eis quemadmodum jus aut fas fuit? Sed eam legem gratiam ſuſtuliſſe ambitioſis Prætoribus qui aſſueverant varie jus dicere, atteſtatur Aſconius Pedianus, *Argumento in orat. Ciceronis Pro C. Cornelio p.* 123. etiam Dion Caſſius *lib.* 36. Eodem ſpectat caſtigatio ſequens ex Ciceronis *lib.* 1. *ad Q. Fratrem epiſt.* 2. *Quid? Prætor ſolet judicare, deberi?* Hoc enim vult, Prætorem non ſolitum judicare, deberi: & ideo ſubjungit, *Sed via juris ejuſmodi eſt quibuſdam in rebus, ut nihil ſit loci gratiæ.* Item juvat quod Julianus & Calliſtratus *l.* 8. *&* 9. *D. de officio Præſidis* ſcribunt, quoties Princeps negotia ad Præſidem remittit hac vel ſimili reſcriptione, Eum qui provinciæ præeſt, adire potes, eum æſtimare debere, utrum ipſe cognoſcere, an Judicem dare debeat. Juvat præterea, quod Ulpianus *l.* 1. §. 7. *D. de extraordinariis cognitionibus* refert, Præſidem his artium opificibus quæ ſunt extra notas vel literas poſitæ, nequaquam debere extra ordinem jus dicere; cæteris debere. Et quod idem §. 14. *ejusdem loci* ait, ad nutricia quoque officium Præſidis vel Prætoris venire: nutricia autem eo uſque produci, quoad infantes uberibus aluntur: poſt hæc partes Prætoris vel Præſidis ceſſare. His adde, quod apud Suetonium Claudius *in ejus vita c.* 15. quemdam interpellatum ab adverſariis de propria lite, negantemque, cognitionis rem, ſed ordinarii juris eſſe, agere cauſam apud ſe coëgit. Ait Suetonius, reum quemdam Imperatoris cognitioni in re quæ ordinarii juris eſſet, recte atque ordine reſtitiſſe; ſed Claudium non communi jure, neque civili more feciſſe, verum Imperatoria & legibus ſoluta poteſtate: quæ cum in Magiſtratibus ceſſet; apparet, his neque cognitionem, neque Judicis dationem, arbitrariam fuiſſe, vetante lege Cornelia: & ideo non licuiſſe, in rebus ordinarii juris extra ordinem cognoſcere, ſed Judicem dare: in rebus autem cognitionis illis licuiſſe extra ordinem intervenire, Judicem dare non licuiſſe. Prorſus ita eſt: & utrumque probant Imperatores, Diocletianus & Maximianus; ſimul alterum mutant verbis ſequentibus *l.* 2. *C. de pedaneis judicibus.*

Placuit nobis, Præſides de his cauſis, in quibus, quod ipſi non poſſent, cognoſcere ante hac pedaneos judices dabant, notionis ſuæ examen adhibere: ita tamen, ut, ſi vel propter occupationes publicas, vel propter cauſarum multitudinem omnia hujuſmodi negotia non potuerint cognoſcere, judices dandi habeant poteſtatem. Quod non ita accipi convenit, ut in his etiam cauſis, in quibus ſolebant ex officio ſuo cognoſcere, dandi judices licentia

eis

Digitized by Google

eis permiſſa credatur. Quod uſque adeo in Præſidum cognitione retinendum eſt, ut eorum judicia non diminuta videantur: dum tamen & de ingenuitate, ſuper qua poterant etiam ante cognoſcere, & de libertinitate Præſides ipſi dijudicent.

Primum obſervandum, Imperatores, Diocletianum & Maximianum, cauſarum ſpecies quæ vetere Jure fuerunt, tantum duplices facere: alias in quibus Præſides non poſſent cognoſcere, ſed Judices dare: alias in quibus poſſent cognoſcere, ſed Judices dare non poſſent. Illud primum notandum: hoc deinde, juberi Præſides, de univerſis cauſis, ſive ante fuerint ordinarii juris, ſive cognitionis, deinceps extra ordinem cognoſcere: præterquam, quæ exceptio additur, ſi litium copia intercedat, aut publicæ occupationes impedimento ſint: nam utroque caſu Judicis dationem recipere: quamquam non in his cauſis in quibus ante ſolebant ex officio ſuo cognoſcere; ſed in iſtis in quibus antea habebant Judicis dandi facultatem. Poſtremo obſervanda cautio quæ adjicitur ad calcem legis. ea cautio eſt; ne quem Præſides de ingenuitate aut libertinitate Judicem dent vel tum, cum eos litium multitudo, aut publicæ occupationes diſtracturæ ſunt: etſi hæ cauſæ alioquin æque, ac reliquæ quæ ante ordinarii juris fuerunt, olim tantum admiſerint Judicem datum, Præſidum vero cognitionem non admiſerint. Aperui viam ad verum Imperatorum ſenſum: neque me alio trahunt poſtrema verba, *Super qua poterant etiam ante cognoſcere*; quæ ſcio a multis ſic accipi, quaſi velint, Super qua debebant Præſides etiam ante cognoſcere: ſenſu, ſi verum dicam, non tantum ſupervacuo, ſed & falſo. primum ſupervacuo: ſiquidem Imperatores jus cauſarum extraordinarii juris ante eum verſum tam clare definierunt, ut ſi cauſæ libertinitatis & ingenuitatis ex illis forent, deinde nil neceſſe eſſet, in his idem nominatim repetere. at non tantum abſurditas eam expoſitionem refellit, ſed & veritas: quia certiſſimum eſt, liberales cauſas ante hanc legem quidem datos Judices admiſiſſe jure ordinario; ſed Præſidem extra ordinem non admiſiſſe. id vero ſi eſt; apparet, etiam errare illos qui eadem verba Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, ita interpretantur, Super qua poterant Præſides, prout vellent, vel ipſi cognoſcere, vel Judices dare: nam Præſidibus in liberalibus cauſis nihil arbitrarium fuit: utique ſi verum eſt, eas ad Præſidum cognitionem non pertinuiſſe. proinde, ne abſurdi, aut falſi, ſint Imperatores, velim, cogitent eruditi; ne verſus ille, *ſuper qua poterant etiam ante cognoſcere*, depravatus ſit, & ita reſtituendus, *ſuper qua poterant etiam judices ante cognoſcere*: parva, niſi fallor, mutatione; ſi quidem putemus, ita ſcriptum fuiſſe, *ſuper qua poterant et. i. ante cognoſcere*. nam, præterquam quod quidam manuſcripti libri non habent, *etiam*, ſed, *et*; ſi fides Marginalibus Ruſſardi Notis: conſtat quoque, illam vocem, *etiam*, fere notatam fuiſſe hac forma, *et*. præterea, iſtas literas, *i. e.* apud Notarum ſcriptores exponi, *judex eſto*. has autem, *i. s. c.* ita, *judex ſacrarum cognitionum*. Tamen quia de cauſis ſtatus longe aliter, atque ego, ſentiunt homines eximii & reipublicæ literariæ principes; quod ipſe de his obiter tradidi, deinde plenius demonſtrabo; ſi primum docuero, in quibus cauſis olim Magiſtratum oportuerit aut Judicem dare ordinario jure, aut per ſe extra ordinem cognoſcere.

Caput VIII.

Prætorem de jure, deque æquo & bono, Judicem de facto judicaſſe, & quemadmodum.

Erant cauſæ aliæ facti, aliæ juris: quæ autem facti erant, hæ fere Judicem datum recepere. Ejus rei, præter veteres actionum formulas in quibus erat, *Si paret*, *condemna*, etiam Ciceronem teſtem habeo; cum infit *lib. 1. ad Q. Fratrem epiſt. 2. Quid? Prætor ſolet judicare, deberi?* Hoc enim vult, Prætorem minime ſolitum judicare, deberi: utitur ſane interrogatione quæ præter elegantiam ſermonis, habet vim arguendi fortiorem, quam rectus ſimplexque ſermo: ut Quintilianus docet *lib. 9. Inſt. orat. c. 2.* Sed, quod dixi, moris fuit, ſi jus certum, factum incertum, eſſet. cæterum, ſi & factum certum ac clarum eſſet: tum neque Judice, neque actione, neque exceptione, opus fuit; verum Prætor per ſe intervenit, & legum voluntatem ſine Judice executus eſt *l. 9.. D. de jurejurando. l. 1. §. 5. D. de dolo malo.* Idem fuit, cum de jure & æquo dubitaretur: nam & tum Prætor, non Judex datus cognovit. Hoc clare Seneca. *De benefic. lib. 3. c. 7.* Verba Senecæ. *De quibuſdam etiam imperitus judex dimittere tabellam poteſt, ubi feciſſe, aut non feciſſe pronuntiandum eſt, ubi prolatis cautionibus controverſia tollitur. Ubi vero inter diſputantes ratio jus dicit, ibi animi conjectura capienda eſt, ubi id, de quo ſola ſapientia decernit, in controverſiam incidit, non poteſt ad hæc ſumi judex ex ordine ſelectorum, quem cenſus in album & equeſtris hereditas miſit.* Igitur in facto quod aut chirographo plerumque paret, aut teſtibus demonſtratur, Judex dari poteſt: at in æqui bonique diſceptatione in qua prudentiſſimus quiſque fallitur, &, ut Seneca loquitur, animi conjectura capienda, & ſola ſapientia decernit, Judex dari non poteſt: ſed Romæ quidem Prætor, in provincia vero Præſes de-

finit, atque, ut in factis judicium, ita hic Conſilium, adhibet: id eſt, in Urbe Decemviros aut Centumviros, in provinciis viginti Recuperatores. Inde Quintilianus *lib.* 4. *Inſt. orat. c.* 2. *De jure quæritur, ut apud Centumviros, filius, an frater debeat ab inteſtato eſſe heres: pubertas annis, an corporis habitu æſtimetur.* Et Cicero *De oratore lib.* 1. *Volitare in foro, hærere in jure ac Prætorum tribunalibus, judicia privata obire, in quibus ſæpe non de facto, ſed de æquitate ac jure certetur, jactare ſe in cauſis centumviralibus, in quibus uſucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, ſtillicidiorum, teſtamentorum ruptorum, aut ratorum, cæterarumque rerum innumerabilium jura verſentur, cum omnino quid ſuum, quid alienum, quare denique civis, an peregrinus, ſervus, an liber quiſpiam ſit, ignoret, inſignis eſt impudentiæ.* Hæc Cicero & Quintilianus: oſtendentes clare, quæſtionibus quæ de jure atque æquitate fuere, apud Prætorem & Centumviros ventilatas fuiſſe; Centumviros vero Prætori in conſilio aſſediſſe, ex Valerio intelligitur: cujus verba hæc ſunt *lib.* 7. *c.* 7. §. 1. *Militantis cujuſdam pater, cum de morte filii falſum e caſtris nuncium accepiſſet, aliis heredibus ſcriptis deceſſit. Peractis deinde ſtipendiis adoleſcens reverſus, domum errore patris, impudentiaque amicorum ſibi clauſam reperit; itaque depoſitis armis coactus eſt in foro togatam ingredi militiam. Acerbe: cum improbiſſimis enim heredibus de paternis bonis apud Centumviros contendit, omnibuſque non ſolum conſiliis, ſed etiam ſententiis ſuperior diſceſſit.* Vides, ea in cauſa, quod & Cicero annotavit *lib.* 1. *De oratore*, quæſitum fuiſſe de Jure civili, poſſitne paternorum bonorum exheres eſſe filius quem pater teſtamento neque heredem nominatim ſcripſiſſet, neque exheredem. vides, eam cauſam apud Centumviros actam, eos porro in Conſilio fuiſſe: at cui? niſi Prætori qui eos quatuor conſiliis conſcribebat: amplius, cum Decemviris ipſis præſidebat, Plinio teſte *lib.* 5. *epiſt. ult.* & *lib.* 6. *epiſt.* 33. Intererit, loci utriuſque verba adſcripſiſſe. Ea ex *lib.* 5. *epiſt. ult.* hæc ſunt. *Deſcenderam in baſilicam Juliam, auditurus, quibus proxima comperendinatione reſpondere debeam. Sedebant Judices, Decemviri venerant, obverſabantur Advocati; ſilentium longum, tandem a Prætore nuncius, dimittuntur Centumviri.* Et poſt. *Hoc facto Nepotis commotus Prætor, qui Centumviralibus præſidet, deliberaturus, an ſequeretur exemplum, inopinatum nobis otium dedit.* Hæc ex *lib.* 5. Ex *lib.* autem 6. *epiſt.* 33. iſta ſunt. *Fœmina ſplendide nata, nupta prætorio viro, exheredata ab octogenario patre intra undecim dies, quam ille novercam ei amore captus induxerat, quadruplici judicio bona paterna repetebat. Sedebant judices centum & octoginta; tot enim quatuor conſiliis conſcribuntur.* Igitur de jure & æquo Prætor cum Conſilio, id eſt, cum Centumviris aut Decemviris, cognovit. Ut tamen, ſi ei facti quæſtio miſceretur, Prætoris æque de facto incidente, ac de jure, notio eſſet; ut in exemplo *l.* 1. *C. de ordine judiciorum*, de quo pluribus ſequente capite. ut in querela inofficioſi teſtamenti, oſtendente Plinio *d. epiſt.* 33. *lib.* 6. verbis hiſce. *Intervenit acribus illis, & erectis frequens neceſſitas computandi, ac pene calculos tabulamque poſcendi, ut repente in privati judicii formam Centumvirale vertatur.* ut in minorum reſtitutione: in qua quia pollicetur Prætor, ſe quod cum his geſtum eſſe dicetur, animadverſurum eſſe *l.* 1. §. 1. *D. de minoribus*, nulla propria actio eſt, ſed Prætoris cognitio vertitur *l.* 24. §. *ult. D. eod. tit.* nec tamen in integrum reſtituitur minor, niſi Prætori duo probet; primum, ſe minorem eſſe; & deinde, ſe lapſum eſſe fragilitate conſilii & lubrico ætatis. Simile in illis cauſis quæ inter patrem & filium ſunt: in quibus Seneca auctor eſt *De beneficiis lib.* 3. *c.* XI. privilegia quædam parentibus data eſſe, ut eorum erga liberos ſuos extra ordinem haberetur ratio: in quibus de poteſtate quoque quæſtionem eſſe, ſi ea inter patrem & filium ſit, Paulus docet *l.* 8. *D. de probationibus*, & Ulpianus *l.* 3. §. 4. *D. de liberis exhibendis*, & *l.* 1. §. 2. *D. de rei vindicatione.* Solet & de fideicommiſſis extra ordinem jus dici ex Auguſti & Claudii conſtitutionibus §. 1. *Inſt. de fideicommiſſariis hereditatibus.* Solet & de aliis quæ hic enumerari, nihil attinet. Potius addam quod de fideicommiſſis dixi, eo referendum videri Julianum *l.* 75. *D. de judiciis.* nam, etſi non faciat fideicommiſſi mentionem, tamen pro fideicommiſſo ſtat Inſcriptio loci quæ habet, *Julianus libro* 36. *Digeſtorum.* eo enim libro, ut & quibuſdam præcedentibus ac ſequentibus eum egiſſe de legatis & fideicommiſſis, ſatis colligitur ex Fragmentis quæ in Pandectis ſuperſunt. Adeo nil mirum, ibi Prætorem de facto pronuntiaſſe, ſcilicet abſentem debere; cum in fideicommiſſis nulla formula eſſet, ſed extraordinaria perſequutio indulgeretur; auctore Ulpiano *in Fragmentis tit.* 25. Nec tamen negaverim, Prætori, etſi non fuerit ei in his jus dandi Judicem ſeu Arbitrum cognoſcendæ judicandæque rei, tamen jus fuiſſe (ut Julianus ait) actioni judicati, item excutiendæ æſtimandæve rei, Arbitrum dandi: quod & conſtat ex *l.* 7. *D. de confeſſis. l.* 139. §. 1. *D. de legatis lib.* 1. *l.* 12. *D. de legatis lib.* 3. *l.* 37. *D. de fideicommiſſariis libertatibus.* E diverſo quoque quod Judici factum, Prætori jus, aſſignavi; non ſic accipi oportet, quaſi Judicis de jure nulla notio fuerit; ſed quaſi ei non licuerit, jus ab eo quod formula continebatur, diverſum ſequi. Nec tamen hoc obſtitit, quo minus lis de æquo & bono ex ipſa formula, maxime ſi ei addita eſſet clauſula, Ex bona fide, apud eum oriri & definiri potuerit. idque neſcio, an Cicero velit *De oratore lib.* 1. ſequentibus

tibus

tibus verbis. *Volitare in foro, hærere in jure, ac Prætorum tribunalibus, judicia privata obire, in quibus ſæpe non de facto, ſed æquitate ac jure certetur.* Sed & in *Topicis* ſic inſit. *Privata judicia maximarum quidem rerum in Juriſconſultorum mihi videntur eſſe prudentia: nam & adſunt multum, & adhibentur in conſilio, & patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus haſtas miniſtrant. In omnibus igitur iis judiciis, in quibus ex bona fide eſt additum, plurimus eorum uſus eſt. Ubi vero etiam ut inter bonos bene agier oportet, in primiſque in arbitrio rei uxoriæ, in quo eſt, quid æquius melius, parati eſſe debent.*

CAPUT IX.

Utrum liberales cauſæ fuerint ordinarii juris, an extraordinarii, plena & accurata diſputatio. l. 2. C. de ordine judiciorum expoſita, & quædam alia.

Verum venio ad id quod ſupra promiſi, demonſtrandum, cauſas libertatis atque ingenuitatis ante *l. 2. C. de pedaneis judicibus* ordinarii juris fuiſſe: itaque in his Magiſtratus, ſi de facto, id eſt, utrum quis ſervus, an liber, utrum libertus, an ingenuus eſſet, diſputaretur, non per ſe, ſed per datos Judices, interveniſſe. Utar ad hoc primum teſtimonio Gaji: qui *ſub titulo D. de liberali cauſa c. 9.* ſcribit, ſi fructuarius & proprietarius pariter conſiſtant adverſus eum qui de libertate litigat; Prætorem permiſſurum, alterum agere, etſi alter aberit: ut tamen & iſtum, ſi ſuperveniat durante judicio, ad eumdem Judicem miſſurus ſit: niſi is juſtam cauſam adferat, quare ad eum mitti non debeat: ut ſi hunc ſibi inimicum affirmet. Vides in his liberale judicium, in eo Prætorem, ab hoc actionem & Judicem dari petitorum alteri: vides, alterum, ſi actionem ſibi ſimiliter petat, ad eumdem mitti Judicem, præterquam ſi eum ſibi inimicum, & ideo ſuſpectum dicat: ea vero quid volunt, niſi in cauſa ſtatus eſſe ordinarium judicium? Sed hoc Suetonius illuſtri exemplo firmat *in Veſpaſiano cap. 3. Flaviam Domitillam uxorem duxit, Statilii Capellæ delicatam olim Latinæque conditionis, ſed mox ingenuam & civem Romanam recuperatorio judicio pronuntiatam, patre aſſerente Flavio Liberale Ferenti genito.* Ait, Flaviam Domitillam eſſe ingenuam & civem Romanam Recuperatorio judicio pronuntiatam: Recuperatorium autem judicium eſſe ordinarium, optime probat Cicero: de cauſa ſtatus, deque Recuperatoribus in ea datis, ita loquens, *Divinat. in Verrem. Agonis eſt quædam Lilybætana, liberta Veneris Erycinæ, quæ mulier ante hunc Quæſtorem copioſa plane & locuples fuit. Ab hac Præfectus Antonii quidam ſymphoniacos ſervos abducebat per injuriam, quibus ſe in claſſe uti velle dicebat. Tum illa, ut mos in Sicilia eſt omnium Venereorum, & eorum, qui a Venere ſe liberaverunt, ut Præfecto illi religionem Veneris nomenque objiceret, dixit, & ſe, & omnia ſua Veneris eſſe. Ubi hoc Quæſtori Cæcilio, viro optimo, & homini æquiſſimo nuntiatum eſt, vocari ad ſe Agonidem jubet, judicium dat ſtatim, ſi pareret, eam ſe & ſua Veneris eſſe dixiſſe. Judicant recuperatores id, quod neceſſe erat; neque enim cuiquam erat dubium, quin illa dixiſſet. Iſte in poſſeſſionem bonorum mulieris mittit: ipſam Veneri in ſervitutem adjudicat.* Hactenus Cicero; clare oſtendens, hanc quæſtionem, utrum quis ſervus, an liber, utrum ingenuus, an libertinus ſit, dato Judice expeditam fuiſſe. Idque adeo verum eſt; ut Severus & Antoninus negent *l. 1. C. de ordine judiciorum*, Præſidem cognoſcere poſſe ſuper cauſa ſtatus. Fuerit tanti, eorum verba, quia quibuſdam truncata, pleriſque obſcura, videntur, paucis explicuiſſe. Verba Imperatorum

> *Adite Præſidem provinciæ, & ruptum eſſe teſtamentum Fabii præſentis, agnatione filii docete: neque enim impedit notionem ejus, quod ſtatus quæſtio in cognitione vertitur, etſi ſuper ſtatus cauſa cognoſcere non poſſit: pertinet enim ad officium judicis, qui de hereditate cognoſcit, univerſam incidentem quæſtionem, quæ in judicium devocatur, examinare: quoniam non de ea, ſed de hereditate pronunciat.*

Proponitur Fabius, facto teſtamento, & in eo Titio herede inſtituto, deceſſiſſe. deinde nato poſthumo, dicitur de hereditate Fabii lis orta eſſe inter Titium & poſthumi tutores. petit ille, hereditatem ex teſtamento ſuam eſſe: hi eam ab inteſtato vindicant ex lege; quod ajunt, Fabii teſtamentum ruptum eſſe agnatione poſthumi. id cum premeret cauſam Titii, movet is poſthumo quæſtionem ſtatus: cauſatus, eum non teſtatoris filium, ſed ſervum, eſſe. Hæc ſpecies legis: in qua duplex quæſtio; una de jure, utrum poſthumum ex lege ab inteſtato, an ſcriptum ex teſtamento, heredem eſſe oporteat; altera de facto, utrum poſthumus liber ſit, an ſervus: illa tantum Magiſtratum, iſta tantum Judicem ab eo datum, admittit. inde quæritur, ubi utraque lis exerceri debeat? volunt Principes, provinciæ Præſidem adiri & doceri, Fabii teſtamentum eſſe ruptum agnatione poſthumi: Præſidem, inquam, non Judicem ab eo datum: quamquam ita arbitrantur eruditi homines, quidam & inſerendum contendunt. Sed non eſt ita, neque lex loquitur de Judice dato, ne in poſteriore quidem parte, ſed de Præſide: de quo accipienda hæc, *Neque enim impedit notionem ejus:* item illud, *Pertinet enim ad officium judicis, qui de hereditate cognoſcit.* Hoc ut cenſeam, movet me, quod ea quæ-

quæſtio quæ principaliter vertitur ea in lege, ſi attendes, non eſt ordinarii juris, ſed cognitionis: non enim in ea ambigitur de facto in quo ſolet Judex dari; ſed de jure, utrum oporteat filium ex lege ab inteſtato, an ſcriptum ex teſtamento, heredem eſſe. quod obſervari velim vel ex Ciceronis *lib.* 1. *de oratore.* Vides principalem legis quæſtionem: in quam etſi alia incidat quæ de ſtatu poſthumi eſt, utrum is liber, an ſervus ſit; neque Præſes de facto tali poſſit cognoſcere: id tamen hic Præſidis notionem non impedit. cur ita? quia pertinet ad officium Judicis (id eſt, Præſidis, ut ſæpe alibi) qui de hereditate cognoſcit, examinare univerſam incidentem quæſtionem quæ in judicium devocatur: quoniam non de ea, id eſt, de facto, ſed de hereditate, id eſt, de jure pronunciat. Sed, ut dixi, quæſtio, utrum quis ſervus, an liber, utrum libertus, an ingenuus ſit, contenta fuit dato Judice: at ſequens de abducendo ſervo non alia, quam Prætoria cognitione & adjudicatione ſublata fuit: ut commode Cicero indicat *Divinat. in Verrem*, loco & verbis ſupra allegatis. Idem dicendum, ſi de jure quæſtio ſit in cauſa ſtatus: quam idem Cicero *Pro Cæcina* refert non apud Recuperatores, ſed apud Decemviros, agitari ſolitam. Verba Ciceronis hæc ſunt, *Cum Aretinæ mulieris libertatem defenderem, & Cotta Decemviris religionem injeciſſet, non poſſe ſacramentum noſtrum juſtum judicari, quod Aretinis adempta civitas eſſet, & ego vehementius contendiſſem, civitatem adimi non potuiſſe, Decemviri prima actione non judicarunt. Poſtea re quæſita & deliberata, ſacramentum noſtrum juſtum judicarunt.* Hunc locum tam evidentem & certum, quod mireris, jam olim vir eruditiſſimus in contrariam partem traxit, tantum quod non animadverteret, eo judicio magis de jure, quam de facto, diſputatum fuiſſe: quæſtio autem hæc erat, poſſetne Aretinis civitas libertaſve quæ eorum erat, Syllana lege adimi. quam quæſtionem juris, non facti eſſe, vel cuivis apparere poteſt: etiam Cicero monet, eam ad uniuſcujuſque civis ſtatum ac libertatem pertinere, atque ideo Decemviralem, non Recuparatoriam, eſſe. quod neſcio ab aliis eſſe animadverſum, aut traditum; cum in hac parte magni momenti ſit. Eſt & illud notandum, quod, etſi tantum Decemvirûm mentio fiat apud Ciceronem *d. loc.* tamen quam Decemviros, tam Prætorem, ea in cauſa fuiſſe exiſtimari debet. idque illud Juvenalis innuere *ſat.* 7. *verſ.* 115.

Conſedere duces: ſurgis tu pallidus Ajax.
Dicturus dubia pro libertate, bubulco
Judice. - - -

Niſi enim fallor, ſub hoc ſchemate intelligit Prætorem cum Decemviris aut Centumviris quibus Prætor Præſidebat.

Vera quidem hæc, & adverſus cavillationem duratura: ſed difficultatem accipiunt ex *l.* 1. & 3. *C. de ordine cognitionum:* in quibus Imperator Alexander cognitionem de ſtatu ipſi Præſidi verbis adſcribit tam claris, ut multis viſus ſit vix clarioribus uti poſſe ad demonſtrandum, cauſas liberales reſpuere dati Judicis cognitionem. Obſervandum tamen, Alexandrum utroque Reſcripto Præſidi liberalem cauſam non ſimpliciter adſcribere: ſed quia erat conjuncta cum quæſtione de crimine: ſicut cum æqui & boni diſceptatione in *d. l.* 1. *C. de ordine judiciorum*, & *l.* 3. *C. de judiciis:* in quo concurſu æquiſſimum eſt, quod Paulus monet, ne majori cauſæ per minorem præjudicium fiat; ſed ut major minorem ad ſe trahat *l.* 54. *D. de judiciis.* Igitur, quia criminalis cauſa privata & liberali major eſt, placet Alexandro, cauſam liberalem criminali cedere, & utramque ab eo cognoſci: a quo, abſque concurſu foret, cognoſci & definiri non potuiſſet: quod & alibi evenit in *l.* 1. *C. de officio Rectoris provinciæ.*

Sed oſtendi, cauſas liberales ſub Alexandro Severo ordinarii juris fuiſſe; primoſque Diocletianum & Maximianum eas extraordinarii juris feciſſe *l.* 2. *C. de pedaneis judicibus.* id ipſum in provinciarum Præſidibus: nam de his agunt Imperatores. poſt autem Conſtantinus in Prætore conſtituit, ut liberale negotium ipſe diſceptator examinaret *l.* 1. *C. de officio Prætorum.* Quod ſi eſt; probatum eſt, verba hæc, *ſuper qua poterant etiam ante cognoſcere*, quæ extant in *d. l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*, aut vitioſa eſſe, aut adventitia.

CAPUT X.

De decreto. Prætorem alia pro tribunali, alia de plano definiiſſe. Et quid ſit de plano cognoſcere, quid pro tribunali, quid per libellum? Summatim & de plano non ſemper idem fuiſſe. De diſpoſitione dierum conventus, & ordine cognitionum, deque humanitate, aut peregrinis & longe venientibus, aut militibus, extra ordinem exhibenda. Ulpiani & Senecæ tentatus locus.

Oſtendi, juriſdictionis ſeu mixti imperii partes duas eſſe, decretum, & Judicis dationem: proximum eſt, ut exponam, quemadmodum decretum interponi, aut Judex dari conſueverit. Primum quod ad decretum attinet, monendum eſt, id vel late accipi, vel ſtricte: nam aut in ſpecie decretum, aut ſubſcriptionem, appellari; alterumque de plano, alterum pro tribunali, fieri *l.* 3. §. 8. *D. de bonor. poſſeſſionib. l.* 2. §. 1. *D. Quis ord. in poſſeſſionib.*

ſeſſionib. ſervetur, *& alibi*. Planum vero alto opponi, ex iſto Cornelii Frontonis conſtat. *Cadimus in plano*, *decidit aliquid ex alto*. Idem Ulpianus docet *l.* 2. §. 32. *D. Ne quid in loco publico vel itinere fiat*; cum viam *planam clivoſæ* opponit: & in *l.* 5. §. 7. *D. Commodati vel contra*; cum iſta, *de plano* opus facere, & *in machina* operari, opponit. Hoc *planum*. Quid *tribunal?* altior locus fuit, fere hemicycli ſchemate introrſum curvatus: ut Vitruvius ſcribit *lib.* 5. Eum locum Cicero *ſuperiorem* appellat, eique *æquum* opponit *lib.* 3. *Ad Familiares*, *epiſt.* 8. his verbis. *Illud quidem ſcio*, *meos multos*, *& illuſtreis*, *& ex ſuperiore*, *& ex æquo loco ſermones habitos cum tua ſumma laude*. Tribunali porro ſellam curulem imponi ſolitam, idem Cicero *Verrin.* 4. indicat; cum ſic inquit, *Palam de ſella atque tribunali pronuntiavit*. Item Tacitus *lib.* 1. *Annal.* Verba Taciti, *Aſſidebatque mixtim*, *aut in cornu tribunalis*, *ne Prætorem curuli depelleret*. Martialis quoque *lib.* XI. *Epigr.* 99.

Sedeas in alto tu licet tribunali,
Et e curuli jura gentibus reddas.

Igitur illo in tribunali, illaque in ſella, ubi ſedens Magiſtratus jus dicebat, haſta poſita (nam & hæc poni ſolet) *pro tribunali*, id eſt, *in tribunali*, Feſto interprete in verbo *pro*, cognoſcere aut decernere dicebatur. More a Romulo introducto: de quo ita Dionyſius Halicarnaſſeus *lib.* 2. *c.* 4. *in fine*. *Et quum videret ipſum metum homines ab omni facinore deterrere maxime poſſe*, *multa ad eam rem paravit*, *& tribunal*, *ubi ſedens judicabat*, *in fori loco maxime conſpicuo*. Quod ſi qui de tribunali in planum deſcendentem retinerent, quod de Claudio Suetonius refert in ejus vita, aut alioquin ei in via, aut domi, deſiderium ſuum exponerent: eo caſu, quia hos in æquo conſiſtens ſolo, procedenſve, audiebat, dicebatur *de plano* cognoſcere; item *procedens* jus dicere; dicebatur & *planaria interpellatio*: ut apparet ex *l.* 4. *C. de dilationibus*, quam Haloander ita vere reſtituit. *A procedente judice dilationem non convenit poſtulari*, *etiamſi utraque parte præſente tribuatur*, *cum non alias*, *niſi cauſa cognita*, *indulgeri queat*: *& cognitio cauſæ non interpellatione planaria*, (vulgo legitur, *plenaria*) *ſed conſidente magis judice legitime colligatur*.

At quemadmodum tribunal & planum committuntur, ita tribunal & libellus *l.* 2. *C. Quemadmodum teſtamenta aperiantur*, item libellus & cognitio ſeu decretum, opponuntur *l.* 6. *C. de prædiis & aliis rebus minorum*. *l.* 9. §. 1. *D. de officio Proconſulis & Legati*: non aliam ob cauſam, quam quod de plano poſtulans, Magiſtratum per libellum adibat, & poſtulanti Magiſtratus per ſubſcriptionem reſpondebat: uti præter alios docet Paulus *l.* 15. *D. de in jus vocando*, & Modeſtinus *l.* 29. *D. de lege Cornelia de falſis*: at quæ decretum & cauſæ cognitionem deſiderabant, non poterant per libellum aut alibi, quam pro tribunali, expediri *l.* 9. §. 1. *D. de officio Proconſulis & Legati*, *l.* 3. §. 8. *D. de bonorum poſſeſſionibus*. Eoque referri debet id Achillis Tatii *lib.* 8. *De Clitiphontis & Leucippes amoribus*. *Sed neque quidquam eſt*, *quod tu* (Præſes) *pro tua auctoritate ſtatuere prius audeas*, *quam hoc in ſolio conſideas*. His adde, quod ea quæ fiebant per libellum, quamvis paſſim expedirentur de plano, tamen & pro tribunali poſtulationum die recte petebantur; eoque ſummatim cognita, ſubſcriptionem ſtatim aut ſequente die recipiebant. contra, illa quæ cognitionis egerant, quamquam cognitione, ſaltem ſummaria, indigerent, non tamen de plano fieri poterant.

Adeo de plano & ſummatim cognoſci non ſemper idem fuit: multa certe quæ ſummatim cognoſcebantur, pro tribunali, non de plano, expediri oportuit. Exemplum in decretali bonorum poſſeſſione quæ ex Carboniano Edicto, vel ad exemplum ejus, datur: ea enim cum deſideret cauſæ cognitionem, ſaltem ſummariam *l.* 1. *l.* 3. §. 4. *D. de Carboniano Edicto*, *l.* 1. §. 14. *D. de ventre in poſſeſſionem mittendo*, alibi, quam pro tribunali, dari nequit *l.* 3. §. 8. *D. de bonorum poſſeſſionibus*. *l.* 2. §. 1. *D. Quis ordo in poſſeſſionibus ſervetur*.

Atque hæc ut paulo plenius intelligantur, obſervandum præterea eſt ex Theophilo *ad* §. 4. *Inſt. Qui & quibus ex cauſis manumittere non poſſunt*, quod in Urbe Prætor, & in provincia Præſes, certo anni tempore ſolet Conventum, ſive Forum indicere: id eſt, (ut ipſe, & Servius ad Virgilium *lib.* 5. *Æneid. verſ.* 758. interpretatur) tempus & locum diſtinguendorum negotiorum definire. Meminit talium Conventuum Suetonius *in Julio c.* 7. dicens, Cæſarem, cum ei Quæſtori ulterior Hiſpania obveniſſet, mandatu Prætoris jure dicundo conventus circumiiſſe. Hi Conventus Plinio dicuntur *Juridici Conventus lib.* 3. *Natur. hiſtor. c.* 1. cum, *Juridici*, inquit, *conventus ei quatuor*. *Gaditanus*, *Corbulenſis*, *Aſtigitanus*, *Hiſpalenſis*. Dicuntur quoque ei ſimpliciter *Conventus* in his verbis *c.* 3. *Nunc univerſa provincia dividitur in conventus ſeptem*: *Carthaginienſem*, *Tarraconenſem*, *Cæſarauguſtanum*, *Cluinenſem*, *Aſturum*, *Lucenſem*, *Bracarum*. Et in ſequente Lapide apud Reineſium, *Claſſ.* 3. *Inſcript.* 22.

IMP. CAES
T. AELIO. HAD. ANTONINO
AVG. PIO. COS. IIII.
PONT. MAX. TRIB. POTEST
CONVENTVS. CAR
CVRANTE. POSTVMIO
FLAMINE

Deinde obſervandum, quod inchoaturus hunc Conventum Præſes, Prætorve, ſolitus fuit, eum ita dividere, ut alium diem poſtulationibus, alium cognitionibus, alium decretis, alium manumiſſionibus, alium aliis partibus, aſſignaret: uti idem Theophilus docet ad *d.* §.

 4. *Inſt.*

4. *Inſt.* & ex Ulpiano intelligitur *l.* 2. §. 1. *&* 2. *D. Quis ordo in poſſeſſionibus ſervetur.* apud quem tamen, ut hoc obiter addam, in his verbis §. 1. *Quid ſi ea, quæ cauſæ cognitionem pro tribunali deſiderat, vel quæ decretum expoſcit? Seſſiones &c.* videntur abundare verba, *vel quæ decretum expoſcit*, utique Interpretis eſſe; exponentis priora verba, *quæ cauſæ cognitionem pro tribunali deſiderat.* Igitur, illis expunctis aut relegatis, non in inſulam, ſed ad oram libri, legendum. *Quid ſi ea, quæ cauſæ cognitionem pro tribunali deſiderat? Seſſiones.* & reliqua.

Porro quæ erant cognitionis, ea petenda erant poſtulationum die: quo ſi non poſſent expediri, a Prætore differebantur in diem cognitionis: dein pro tribunali ſuo quæque ordine cognoſcebantur & terminabantur; auctore Servio ad Virgilium *lib.* 2. *Æneid. verſ.* 102. qui ita ſcribit. *In ordine dicebantur cauſæ propter multitudinem vel tumultum feſtinantium, quum eſſet annus litium. Juvenalis. Expectandus erit, qui lites incboat annus.* Hoc, præterquam ſi humanitas vellet, quod Seneca obſervat, ut Prætor ab hoc ordine recederet, & longe venientem extra ordinem expediret: id enim ad Lucilium indigitat *epiſt:* 106. cum infit, *Dubitavi, utrum differrem te, an donec ſuus iſti rei veniret locus, jus tibi extra ordinem dicerem. Humanius viſum eſt, tam longe venientem non detinere.* Sic Seneca: in quo id eruditos monebo, ut videant, ne particula iſta, *an*, mutaverit ſedem, & reſtituenda ſit ad hunc modum. *Dubitavi, utrum differrem te, donec ſuus iſti rei veniret locus, an jus tibi extra ordinem dicerem. Humanius* &c. Ita mihi videtur, & ſenſus conſtat. quod vero ad rem attinet, ad eam reſpicit quoque Sidonius Apollinaris *lib.* 4. *epiſt.* 6. *ad fin.* verbis ſequentibus. *Si perſpicis a vero non diſcrepare querimoniam, tribue, quæſo, convincenti reformationem, peregrino celeritatem.* Sic in peregrino & longe veniente. Idem in milite obſervat Juvenalis *ſat.* 16. *verſ.* 54. *& ſeqq.* Verba Juvenalis.

Præmia nunc alia atque alia emolumenta notemus
Sacramentorum. Convallem ruris aviti
Improbus aut campum mihi ſi vicinus ademit,
Et ſacrum effodit medio de limite ſaxum,
Quod mea cum patulo coluit puls annua libo,
Debitor aut ſumptos pergit non reddere nummos,
Vana ſupervacui dicens chirographa ligni:
Expectandus erit, qui lites incboat annus
Totius populi: ſed tunc quoque mille ferenda
Tædia, mille moræ, toties ſubſellia tantum
Sternuntur, jam facundo ponente lacernas
Cædicio, & Fuſco jam micturiente parati
Digredimur, lentaque fori pugnamus arena.
Aſt illis, quos arma tegunt, & baltheus ambit,
Quod placitum eſt ipſis, præſtatur tempus agendi,
Nec res atteritur longo ſufflamine litis.

At non tantum his & quibuſdam aliis perſonis hic honos habitus fuit, ut extra ordinem audiri poſſent, ſed & quibuſdam cauſis quas hic enumerari non patitur ratio inſtituti noſtri.

CAPUT XI.

Pro tribunali nihil potuiſſe cognoſci ſine Conſilio. Pro tribunali Prætorem, ſimul Conſilium, ſediſſe. Conſiliarii ſeu Aſſeſſores an & quemadmodum Judices appellati?

Cæterum, ubi Magiſtratus pro tribunali ſedebat, haſta poſita, & cognoſcebat, more proditum fuit, ne aliter cognoſceret, quam ſi in Conſilium adhiberet Aſſeſſores ſeu Conſiliarios ſuos. hoc enim, præter Pomponium *l.* 2. §. 29. *D. de origine juris*, quem ſequente interpretabor capite, pulcherrime indicat Lactantius, *De mortibus Perſecutorum c.* 22. nam caſtigans improbos ſeculi mores, *Judices*, inquit, *militares, humanitatis literarum rudes, ſine adſeſſoribus in provincias immiſſi.* In primis vero id oſtendit Achilles Tatius *lib.* 8. *de Clitophontis & Leucippes amoribus p.* 496. Verba ejus, quia parum pervulgata ſunt, adſcribam. Ea verba ſunt. *Aſſurge Therſandro Præſes. verbo enim tenus tantum dignitatem hanc obtines, re autem vera hic, quæ te facere decet, imo quæ tu nullo modo facere auderes, omnia unus fecit. Tu conſiliarios habes, ſine quibus tibi nihil decernere licet. Sed neque quidquam eſt, quod tu pro tua auctoritate ſtatuere prius audeas, quam hoc in ſolio conſideas.* Hæc ille. Igitur cogniturus pro tribunali Magiſtratus, Conſiliarios adhibebat. addo, cum ipſis pro tribunali conſidebat: id enim, præter Achillem Tatium, etiam Theophilus *ad* §. 5. *Inſt. Qui & ex quibus cauſis manumittere non poſſunt*, & Suetonius in *Tiberio c.* 33. atteſtantur. Ammianus autem *lib.* 23. *ad finem* refert, ita aſſediſſe eos, uti poſt Prætoris tergum ſederent. E re erit, ipſius verba appoſuiſſe: ea de Perſis hæc ſunt. *Ad judicandum uſu rerum ſpectati deſtinantur & integri, parum alienis conſiliis indigentes: unde noſtram* (Romanam) *conſuetudinem rident, quæ interdum facundos juriſque publici peritiſſimos poſt indoctorum collocat terga.* Igitur ad hanc formam ſedebat cogniturus pro tribunali Magiſtratus; decreturus autem adeuntibus Aſſeſſorum verba pronunciabat: ut Seneca ait *De tranquillitate animi lib.* 1. *c.* 3. quid multa? Prætoris judicium erat, Aſſeſſores præſentem ac judicantem inſtruebant, ipſi neque judicabant, neque jus dicebant. Inde Seneca (nam huc alludit) *epiſt.* 67. *Quidquid honeſte fit, una virtus facit, ſed de Conſilii ſententia: quod autem ab omnibus virtutibus comprobatur, etiamſi*

ab

ab una fieri videtur, optabile eſt. Imo Plinius, judicare & judicanti in Conſilio adeſſe, longe diverſa opinatur. Verba Plinii *lib* 1. *Epiſt.* 20. *Frequenter egi, frequenter judicavi, frequenter in conſilio fui.* Pariter Paulus *l.* 2. *D. Quod quisque juris, Hoc*, inquit, *Edicto dolus debet jus dicentis puniri: nam ſi Adſeſſoris imprudentia jus aliter dictum ſit, quam oportuit, non debet hoc Magiſtratui, ſed ipſi Adſeſſori officere.* Item Juvenalis *ſatira* 7. *verſ.* 115. Verba Juvenalis.

Conſedere duces, ſurgis tu pallidus Ajax
Dicturus dubia pro libertate bubulco
Judice. – –

Plane Judicem ſeu Magiſtratum ſeparat ab his qui cum eo conſident; ut Paulus jus dicentem ab Aſſeſſore, ut Plinius Judicantem ab eo qui ei in Conſilio adeſt. Qui poteſt? nam qui Prætori aſſident, & ipſi Judices appellati *l.* 16. *D. de manumiſſis vindicta, & l.* 1. *C. de vindicta & apud conſilium manumiſſione.* Scio; ſed ideo, quia is qui jus dicit, nihil cognoſcere aut decernere potuit ſine horum ſententiis: ita hi Judices, quia Judicis portiones, (hoc enim nomine deſignantur) item partes, participes, & conſiliorum ſocii, ipſum etiam Conſilium Participatus appellatum: quod Johannes Savaro optime annotavit, & multis probavit, ad Sidonii Apollinaris *lib.* 3. *epiſt.* 3. Igitur qui Aſſeſſores, hi & Judices fuere, ſed præſente & judicante Magiſtratu: abſente enim, neque libellis ſubſcribere, neque cauſas audire, potuerunt *l.* 2. *& l. pen. C. de Aſſeſſoribus:* id eſt, Judices non fuerunt. Hoc tamen ex parte mutatum a Juſtiniano *Nov.* 60. *c.* 2. *& Nov.* 82. *in præfat.* Supereſt, ut videamus, qui in provincia, quique in urbe, jus dicentis Conſilium conſtituerint.

Caput XII.

Prætorem Romæ aut Decemviros litibus judicandis aut Centumviros, Præſidem in provincia Recuperatores viginti, in Conſilium adhibuiſſe. Decemvirûm judicium non fuiſſe ſeparatum a Prætoria cognitione.

Solet Præſes in provincia Conventum acturus, ſibi in Conſilium adhibere viginti Recuperatores, cives Romanos; ſolet & Prætor Romæ adſciſcere quinque Senatores & quinque Equites Romanos: ut Ulpianus refert *tit.* 1. & Theophilus ad §. 4. *Inſt. Qui & ex quibus cauſis manumittere non poſſunt:* illos autem Equites quinque, Senatoresque quinque, ſi quis eoſdem fuiſſe putet qui Decemviri litibus vel ſtlitibus judicandis appellantur, haud aberraverit: nam & numerus convenit, & Decemviros Prætori ſolitos aſſidere tum, cum de jure & æquo diſceptaretur, ſatis oſtendi ſupra. His accedit quod Pomponius ſcribit *l.* 2. §. 29. *D. de origine juris, Cum eſſet neceſſarius magiſtratus, qui haſtæ præeſſet, Decemviros litibus judicandis conſtitutos eſſe.* Hoc vero, quamquam obſcurius, tamen nihil aliud vult, quam, cum neceſſarius eſſet Magiſtratus qui regeret ea quæ pro tribunali haſta poſita cognoſcuntur, Decemviros conſtitutos eſſe, & ipſos, quod aſſiderent Magiſtratui, hujuſque partem facerent, ac juriſdictionis ſocii eſſent, quam Judices, tam Magiſtratus, appellatos eſſe. Sed hoc poſtremum in Aſſeſſoribus probavi ſuperiore capite. Præterea, haſtæ præeſſe Pomponio idem eſſe quod haſtam regere, vel inde apparet quod idem Pomponius §. 15. ejuſdem loci, jura regere, & juri dicundo præeſſe, pro iiſdem accipit; utrumque vero quam Magiſtratus, tam eorum eſſe qui ſuadent & aſſident, ex illo Plinii intelliges *lib.* 5. *epiſt.* 17. *Ille meus in petendis honoribus ſuffragator & teſtis, ille in inchoandis deductor & comes, ille in gerendis conſiliator & rector.* Sic Plinius: etiam Pomponius *d. l.* 2. §. 6. cum inquit, ex Pontificum collegio quotannis conſtitutum fuiſſe, *qui privatis præeſſet.* Cicero quoque *lib.* 1. *De oratore c.* x. his verbis. *Id, niſi hic in tuo regno eſſemus, non tuliſſem, multiſque præeſſem, qui aut interdicto tecum contenderent, aut te ex jure manu conſertum vocarent.* Inquit, *multis præeſſem*, pro multis eſſem conſiliator & ſuaſor. quod jam ab aliis bene annotatum eſt. Eodem ſenſu, neſcio, an Apulejus utatur verbo præſidere, *lib. De mundo* ſic ſcribens. *Ejus* (legis) *ſcitis Magiſtratus tribunalia, principia milites frequentabunt, recuperatores judiciis præſidebunt.* Utique nil opus, Apulejo, quod cuidam viſum, pro *præſidebunt* reſtituere *adſidebunt*; cum & Recuperatores, a Magiſtratibus dati, judiciis præeſſe ſeu præſidere dicantur. Utcumque erit; apparet, eum quem dixi, Pomponii ſenſum eſſe, Decemviros conſtitutos fuiſſe ad hoc, ut eorum quæ fierent pro tribunali haſta poſita, rectores adjutoreſque eſſent Prætori: denique illos, quod a Prætore adhiberentur neceſſario, præturæ ſeu magiſtratus participes viſos fuiſſe.

Solet Prætor, præter Decemviros, etiam Centumviros adhibere: ut tamen Centumviris Decemviri, ſed cum Prætore, præeſſent: eoque ſenſu accipio quod Suetonius in *vita Auguſti c.* 36. ſcribit, Auguſtum conſtituiſſe, ut Centumviralem haſtam quam quæſtura functi conſueverant cogere, Decemviri cogerent. haſtam enim cogere Suetonio eſt, haſtæ præeſſe: quemadmodum judicium cogere eſt judicio præeſſe, apud Valerium *lib.* 9. *c.* 12. §. 7. ut jam ab aliis viſum: atque id ſic Dion *lib.* 54. *p.* 618. interpretatur: etiam Lucanus

oſtendit *ad Piſonem* his verbis.

Seu trepidos ad jura decem citat haſta virorum,
Et firmare jubet centeno judice cauſam.

In primis vero Plinius *lib. 5. epiſt. ult.* cum, *Sedebant*, inquit, *judices*, *Decemviri venerant*, *obverſabantur advocati*, (ita habent veteres libri, Grutero teſte) *ſilentium longum*, *tandem a Prætore nuncius. Dimittuntur Centumviri.* Et poſt. *Hoc facto commotus Prætor*, *qui Centumviralibus præſidet*, *deliberaturus*, *an ſequeretur exemplum*, *inopinatum nobis ocium dedit.* Igitur liquet, Decemviros Prætori in Conſilio fuiſſe, & hoc ſenſu haſtæ præfuiſſe, neque male Magiſtratus appellatos eſſe; etiam liquet, Prætorem non tantum Decemviris, ſed & Centumviris, uti ſolitum: cjuſque cum Decemviris æſtimationem fuiſſe pro gravitate & magnitudine litium, etiam hos, an tantum illos, adhibere deberet, facile intelligi poteſt: ſi quis cogitet, Ciceronem quæſtiones juris quæ ad perſonarum libertatem aut civitatem pertinent, Centumviralibus cauſis annumerare *De Oratore lib.* 1. eas tamen apud Decemviros quoque actas finitaſque eſſe, eodem Cicerone teſte *Pro domo & Pro Cæcina.*

Plane non aſſentior cuidam docto viro qui ex his locis contendit, Decemvirûm judicium proprium & a Prætorio ſeparatum fuiſſe: nam, quod cauſa ſtatus a Cicerone dicitur acta apud Decemviros, factum pari ratione qua multa apud Centumviros acta, idem ſcribit Cicero, & Plinius, etiam Scævola, & Paulus *l.* 13. & 17. *D. de inofficioſo teſtamento*, pro apud Prætorem, ſive (ut Ulpianus loquitur *l.* 6. *l.* 8. §. 16. *D. de inofficioſo teſtamento*, & Marcianus *l.* 5. *D. eod. tit.*) apud Judicem cui Centumviri aſſident: item qua manumiſſionem apud Conſilium factam, refert Celſus *l.* 19. *D. de manumiſſis vindicta*, & Imperator Antoninus *l.* 1. *C. de vindicta libertate & apud conſilium manumiſſione*, pro apud Prætorem cum Conſilio; ut clare Theophilus ad *d.* §. 4. *Inſt. Qui & quibus ex cauſis manumittere non poſſunt.* Illud æque leve eſt quod idem vir doctus huc transfert verba hæc Ciceronis ex *Oratore c.* 46. *Planeque*, *duorum virorum judicium*, *aut*, *triumvirorum capitalium*, *aut*, *decemvirorum litibus judicandis*, *dico nunquam.* Non enim id agit Cicero, ut aut Duumvirûm, aut Triumvirûm capitalium, aut Decemvirûm litibus judicandis, faciat judicium proprium & ſeparatum, aut ut de illorum juriſdictione diſputet; ſed ut oſtendat uſum Latini ſermonis: quo placuit, Duumvirûm dici pro Duumvirorum, & Triumvirûm pro Triumvirorum, & Decemvirûm pro Decemvirorum.

Non igitur ſeparanda a Prætorio judicio ſunt Decemvirûm judicia: nec magis Centumvirûm. Atqui, inquies, Centumviri quatuor Conſiliis conſcribebantur, inque quatuor tribunalibus conſidebant, & quadruplex eorum judicium vocabatur. Sed omnibus Prætor cum Decemviris præerat; ac, ſi vel rei magnitudo, vel obſcuritas, vel exemplum, omnium urgeret conjunctionem, unum ex omnibus conſtituebat judicium, etſi quadruplex appellaretur. Nec opus verbis: omnia enim Conſilia, omneſque qui in ſingulis ſedebant, Centumviros in una, atque inſigni, cauſa eodem tempore judicaſſe, ex illo Valerii *lib.* 7. *cap.* 7. §. 1. intelligitur. *Militantis cujuſdam pater*, *cum de morte filii falſum e caſtris nuncium accepiſſet*, *aliis heredibus ſcriptis deceſſit. Peractis deinde ſtipendiis*, *adoleſcens reverſus*, *domum errore patris*, *impudentiaque amicorum ſibi clauſam reperit. Quid enim illis inverecundius? florem juventæ pro republica abſumpſerat*, *maximos labores & plurima pericula toleraverat*, *adverſo corpore exceptas oſtendebat cicatrices*, *& poſtulabat*, *ne avitos ejus lares otioſa ipſi urbi onera poſſiderent. Itaque depoſitis armis*, *coactus eſt in foro togatam ingredi militiam. Acerbe. cum improbiſſimis enim heredibus de paternis bonis apud Centumviros contendit*, *omnibuſque non ſolum Conſiliis*, *ſed etiam ſententiis ſuperior diſceſſit.* Nec minus ex hoc Plinii *lib.* 6. *Epiſt.* 33. *Fœmina ſplendide nata*, *nupta Prætorio viro*, *exheredata ab octogenario patre*, *intra undecim dies*, *quam ille novercam ei amore captus induxerat*, *quadruplici judicio bona paterna repetebat. Sedebant judices centum & octoginta. (tot enim quatuor conſiliis conſcribuntur) ingens utrimque advocatio*, *& numeroſa ſubſellia*; *præterea denſa circumſtantium corona*, *latiſſimum judicium multiplici circulo ambibat. Ad hoc ſtipatum tribunal*, *atque etiam ex ſuperiore Baſilicæ parte*, *qua fœminæ*, *qua viri*, *& audiendi*, *quod difficile*, *& quod facile*, *viſendi ſtudio imminebant. Magna expectatio patrum*, *magna filiarum*, *magna etiam novercarum. Secutus eſt varius eventus. Nam duobus conſiliis vicimus*, *totidem victi ſumus. Notabilis prorſus res & mira*, *eadem in cauſa*, *iiſdem judicibus*, *iiſdem advocatis*, *eodem tempore*, *tanta diverſitas accidit caſu quidem*, *ſed non ut caſus videretur. Victa eſt noverca.* Sic, ſi res digna eſſet tanti judicii majeſtate. At ſi parva eſſet & exilis, quales pleraſque fuiſſe, Plinius docet *lib.* 2. *epiſt.* 14. obtinuiſſe videtur, ne Centumviri in una omnes cauſa, ſed aliqui ex illorum corpore a Prætore delegati, ſederent: more fortaſſis inducto a Veſpaſiano: de quo ita Suetonius *in ejus vita c.* 10. *Sorte elegit per quos rapta bello reſtituerentur*: *quique judicia centumviralia*, *quibus peragendis vix ſuffectura litigatorum ætas videbatur*, *extra ordinem judicarent*, *redigerentque ad breviſſimum numerum.* Utique inde in quatuor illis tribunalibus plures cauſas eodem tempore ſic actas fuiſſe, ut aliquando qui in uno peroraret tribunali, audiretur ab his qui in cæteris negotiarentur, indicat ſequens Quintiliani locus *lib.* XII. *Inſt. orat. c.* 5. *Cum in Baſilica Julia diceret primo tribunali*, *quatuor autem judicia*, *ut moris eſt*, *cogerentur*, *atque omnia clamoribus fre-*

fremerent, & auditum eum & intellectum, & quod agentibus cæteris contumelioſum fuit, laudatum quoque ex quatuor tribunalibus memini. Idem diſcitur ex hoc Plinii *d. Epiſt.* 14. *lib.* 2. *Narrabat ille, Aſſectabar Domitium Afrum, quum apud Centumviros diceret graviter & lente (hoc enim illi actionis genus erat) audiit ex proximo immodicum inſolitumque clamorem, admiratus reticuit: ubi ſilentium factum eſt, repetit, quod abruperat: iterum clamor, iterum reticuit: & poſt ſilentium cœpit idem tertio. Noviſſime quis diceret, quæſivit, reſponſum eſt Licius. Tum intermiſſa cauſa, Centumviri, inquit, hoc artificium periit.* Tantum de decreto.

CAPUT XIII.

De Judicum datione. Eos a Prætore aut Præſide eligi ſolitos, & in album atque in decurias referri. Selectorum publicum & neceſſarium fuiſſe munus; niſi excuſarent ſe ob privilegium vel juſtam cauſam. Cum Judex dandus eſſet, non alium dari potuiſſe a Prætore, quam ſorte, atque ex Selectis. fuiſſe & ſine ſorte datum ex litigatorum conſenſu: & quæ in utroque genere fuerit differentia. Judicem, cum addiceretur, tantum notionem accepiſſe, nihil præterea: ſolitamque ei præſcribi formulam cujus terminis includeretur notio & poteſtas ejus. An potuerit actor poſt litem conteſtatam aut emendare aut mutare actionem, aut ab ea deſiſtere, invito reo? & quid juris, ſi a Prætore impetraret in integrum reſtitutionem cauſa cognita? Item quid juris, ſi Judex formulam egrederetur ex conſenſu litigatorum? Formulam fuiſſe aut anguſtam, aut latam. Hujus differentiæ effectus inſignis.

Sequitur Judicis datio: in qua id primum monendum, Judices initio Conventus in provincia a Præſide, in urbe a Prætoribus, legi; &, ut certi eſſent, in decurias, inque album, referri ſolitos. Prætorum certe meminit A. Gellius *lib.* 14. *Noctium Atticarum c.* 2. & ante Cicero *Pro Cluentio c.* 43. Verba Ciceronis: *Prætores urbani qui jurati debent optimum quemque in Selectos Judices referre.* Albi mentio apud Senecam *De beneficiis lib.* 3. *c.* 7. & Suetonium *in Claudio c.* 16. Etiam Judicis ex quinta decuria meminit ſequens Inſcriptio apud Reineſium *claſſ.* 6. *pag.* 406.

L. CLODIO. C. F. SERG
VITELLINO. II. VIR. I. D
IVDIC. EX. V. DEC
EQVO. PUBL.

Ex quinta, inquam, decuria: tot enim fuiſſe, vel ex Suetonio intelligitur: qui refert, Auguſtum ad tres decurias Judicum quæ ante erant, addidiſſe quartam, deinde Caligulam adjeciſſe quintam, Galbam autem Judicibus, etiam ſextam addi precantibus, eam negaſſe. *vid. Sueton. Auguſto c.* 32. *Caligula c.* 16. *& Galba c.* 14.

Hoc primum fuit monendum: illud deinde, quod qui electi erant, hi ſicut in cæteris publicis muneribus, ita hic, niſi excuſarent ſe ob juſtam cauſam aut privilegium, judicandi neceſſitate tenebantur: ut conſtat ex *l.* 13. *pr. & §.* 2. *D. de vacatione & excuſatione munerum.* addo, ex exemplo quod habet Plinius *lib.* x. *epiſt.* 66. & Suetonius in *Claudio* c. 15.

Præterea monendum eſt, ita moris fuiſſe, ut actor, ſi vellet jure judicioque experiri, die poſtulationis ſicut actionem, ſic Judicem, Arbitrumve, a Prætore in jure poſtularet; & Prætor ei quam actionem, tam Judicem, Arbitrumve, daret. nec tamen ſemper unus & petebatur & dabatur, ſed aliquando plures. nam & plurium mentio *l.* 12. *& l.* 76. *D. de judiciis. l.* 36. *l.* 37. *l.* 38. *& l.* 39. *D. de re judicata.* Sive autem unus daretur, ſive plures; quia ante quam darentur, ultro non erant Judices; & cum darentur, neceſſaria non erat eorum præſentia vel ſcientia *l.* 39. *D. de judiciis*, quippe cum inviti Judices eſſe cogerentur: idcirco Plinio *repente apprehenſi* dicuntur *lib.* 3. *Epiſt.* 20. Verba Plinii. *Ut in recuperatoriis judiciis, ſic nos in his comitiis, quaſi repente apprehenſi, ſinceri judices fuimus.* Neque vero ita obtinebat, ut daturus Judicem Judicesve Prætor, de medio quem quosve vellet, pro arbitrio ſuo apprehenderet; (quamquam tale exemplum in caſtris & de militari præmio, apud Livium *lib.* 26. *c.* 48.) ſed ut ex Selectis atque ex Albo Judicem, Judicesve daret. Ne teſtimonio res egeret, adduxi A. Gellium, *lib.* 14. *Noct. Attic. c.* 2. qui ita ſe, quo primum tempore a Prætoribus lectus in Judices eſſet, a Prætore eſſe datum, meminit. Nec minus clare Seneca *lib.* 3. *De Benefic. c.* 7. *De quibuſdam*, inquit, *etiam imperitus judex dimittere tabellam poteſt, ubi feciſſe, aut non feciſſe pronuntiandum eſt, ubi prolatis cautionibus controverſia tollitur. Ubi vero inter diſputantes ratio jus dicit, ibi animi conjectura capienda eſt, ubi id de quo ſola ſapientia decernit, in controverſiam incidit, non poteſt ad hæc ſumi judex ex ordine Selectorum, quem cenſus in album & equeſtris hereditas miſit.* Quin amplius, Prætor Judicem nec ex Selectis quemquam, niſi forte, ac ne ſic quidem, niſi (ut Cicero loquitur *Pro Cluentio*) inter adverſarios conveniſſet, dare poterat. Ita Judex ſorte ex decuriis dabatur; at ut litigantibus jus eſſet, ſuſpectum rejicere, & alium petere. Rem & formulam

oſtendit Plinius, *Panegyric. c. 36.* verbis ſequentibus. *Sors & urna fiſco judicem adſignat, licet rejicere, licet exclamare, hunc nolo, timidus eſt, & bona ſeculi parum intelligit: illum volo, quia Cæſarem fortiter amat.* Sed non tantum ſorte dabatur Judex; verum & litigatorum conſenſu. Auctor Pomponius *l. 80. D. de judiciis*, & Papinianus *l. 23. D. de appellationibus*, dum pro *circa* apud Papinianum legatur *citra:* quomodo habent manuſcripti libri. Hoc vero caſu utrum tantum ex albo atque ex Selectis eligeretur Judex, an etiam de medio populi, non pro certo dixerim: etſi poſterius mihi non improbabile videatur, ob litigantium conſenſum manifeſtum: modo ne is qui ex conſenſu peteretur, Judex lege, natura, aut moribus, dari impediretur: tales enim Judices dari poſſe, Paulus negat *l. 12. §. 2. D. de judiciis.* Cæterum non, ut ſorte ductus Judex recte poterat recuſari, ita electus partium conſenſu. Clare Plinius *lib. 1. Natur. hiſtor. Præfat.* Verba Plinii compluſcula ſunt; ſed quia videntur ad omnia quæ præcedunt, alludere, ipſaque commode exprimere, adſcribam. Verba Plinii. *Quid te judicem facis? cum hanc operam condicerem, non eras in hoc albo. Majorem te ſciebam quam ut deſcenſurum huc putarem. Præterea eſt quædam publica etiam eruditorum rejectio. Utitur illa & M. Tullius, extra omnem ingenii aleam poſitus, & (quod miremur) per advocatum defenditur. Hæc doctiſſimum Perſium legere nolo, Lælium Decimum volo. Quod ſi hoc Lucilius, qui primus condidit ſtyli naſum, dicendum ſibi putavit: ſi Cicero mutuandum* (forte melius legatur, *metuendum*,) *præſertim cum de re publica ſcriberet: quanto nos cauſatius ab aliquo judice diffidimus? Sed hæc ego mihi nunc patrocinia ademi nuncupatione, quoniam plurimum intereſt, ſortiatur aliquis judicem, an eligat.*

Jam, ſi conveniret Judex, Prætor eum litigantibus addicebat *l. 39. 46. & 80. D. de judiciis:* hac formula quam nobis Cicero *in Verrem lib. 2. c. 12.* ſuppeditat, *Lucius Octavius judex eſto.* Ad quid? ut judiciario fungeretur munere *l. 5. C. eod. tit.* id eſt, ut cauſam ipſe cognoſceret; & hac cognita pronuntiaret, ac, ſi ceſſaret, a Prætore cogeretur pronuntiare *l. 74. D. de judiciis*, denique condemnare reum, aut abſolvere, aut certe jurare, Sibi non liquere: his enim modis & officio fungi, & judicatu ſolvi videbatur: ut Ulpianus auctor eſt libro 51. Ad Sabinum, in *l. 55. D. de re judicata*, & A. Gellius *d. lib. 14. Noctium Atticarum c. 2.* etiam Paulus *l. 36. D. de re judicata.* Adeo apparet, eum non habuiſſe juriſdictionem, ſed nudam & ſolam notionem *l. 5. D. de re judicata*; & recte eſſe reſcriptum a Divo Pio, Magiſtratus ut Judicum a ſe datorum vel arbitrorum ſententiam exequerentur hi qui eos dediſſent *l. 15. D. eod. tit.* Sed plenius exequenda res eſt. cum Judicem daret Magiſtratus, non eum ſimpliciter addicebat: ſed ſimul omne judicium conſtituebat, poſita formula qua actori ac reo quidem litigandi, Judici vero cognoſcendi judicandique, poteſtatem finemque faciebat. In ea formula fuit, *Si paret*, ut vulgo notum eſt, item *condemna*, ut Ulpianus indicat *l. 37. D. de regulis juris* quæ eſt excerpta ex libro ejus 51. ad Sabinum quo eum Judicis formulæque dationem expoſuiſſe, ex Fragmentis quæ ſuperſunt, ſatis conſtat. ait autem, *Neminem, qui condemnare poteſt, abſolvere non poſſe:* ſignificans, judicem, cum in formula juſſus eſt, reum, ſi paret, condemnare, etſi non ſit juſſus abſolvere; tamen, ſi non paret, abſolvere poſſe. quod & confirmatur *l. 3. D. de re judicata.* Igitur Prætor, ſi inter litigantes conveniret Judex, non tantum his addicebat eum, ſed, ut dixi, omnem præterea judicii conceptionem formulamque conſtituebat: nempe, ut hiſce, etiam ut illi, fibulam imponere, non infinitam licentiam permittere, videretur. Hoc enim Cicero innuit, *De inventione lib. 2. In jure*, inquiens, *plerumque exceptiones poſtulari, & quodammodo agendi poteſtatem dari, & omnem conceptionem privatorum judiciorum conſtitui.* Paulus quoque huc reſpicit *l. 23. D. de judiciis*; cum ſcribit, *Non poſſe videri in judicium veniſſe id, quod poſt judicium acceptum accidiſſet, ideoque alia interpellatione opus eſſe.* Vult enim, judicium quod eſt acceptum inter actorem & reum, tantum pertinere ad litem quæ fuit tempore judicii a Prætore conſtituti; non ad hanc quoque quæ poſt ſupervenit: poſſe igitur Judicem cognoſcere de illa in qua datus eſt; de hac non poſſe in qua datus non eſt: ſed de ea nova interpellatione, & adeo novo judicio, novoque Judice, opus eſſe. Is Pauli verus ſenſus eſt, quamquam ab aliis alius adfertur; exemplumque ejus elegans in *l. 14. §. ult. D. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ actione.*

At quemadmodum Judex neque ante habuit notionem, quam ei data eſſet, neque, poſtquam data eſſet, eam ultra habuit, quam formula pateretur: ita verum eſt, eum non aliter habuiſſe, quam eadem formula permitteret: ut egregie docet Cicero, in *Verrem lib. 2. c. 12.* eratque ei rei conſequens; ut, ſi aliter egiſſet actor, quam eum agere oporteret, impetrata actione, cauſa caderet: quia verum erat, lite conteſtata & Judicem cogi judicare, neque a formula recedere poſſe, & hac reum non teneri Jure Civili. Hoc, ne longe eam, teſtatur Cicero *lib. 1. De oratore*; cum, *Quod*, inquit, *alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in* XII *tabulis permiſerat: quod cum impetraſſet, cauſa caderet: alter iniquum putabat plus ſecum agi, quam quod eſſet in actione: neque intelligebat, ſi ita eſſet actum, litem adverſarium perditurum.* Atque id adeo verum erat, ut edita actio, etſi ante litem conteſtatam actoris arbitrio & mutari & emendari poſſet; ab eo tamen poſt litem conteſtatam neque mutari, neque emendari poſſet;

ſet;

ſet; neque ejus ſponte, neque officio Judicis; ſed demum impetrata in integrum reſtitutione a Prætore cauſa cognita: tum enim quin & emendari & mutari potuerit actio, etiam poſt litem conteſtatam, dubium non eſt: idque videtur velle *l. 3. C. de edendo*; ſi cum *l. unic. C. de litis conteſtatione*, cujus pars eſt, ut ex utriuſque cum tenore, tum Inſcriptione & Subſcriptione, intelligitur, ita conjungatur.

Res in judicium deducta non videtur, ſi tantum poſtulatio ſimplex celebrata ſit, vel actionis ſpecies ante judicium reo cognita. Inter litem enim conteſtatam & editam actionem permultum intereſt. Lis enim tunc conteſtata videtur, cum judex per narrationem negotii cauſam audire cœperit. Edita actio ſpeciem futuræ litis demonſtrat: quam emendari, vel mutari licet, prout Edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas.

Imperatores, Severus & Antoninus, a Valente conſulti de jure mutandæ aut emendandæ actionis editæ, produnt differentiam inter litem conteſtatam & editam actionem. quem in finem? ut oſtendant, actori ante litem conteſtatam ex Edicto perpetuo concedi editæ actionis & emendationem & mutationem; poſt conteſtatam vero litem ei neutram concedi auctoritate generalis Edicti; ſed ex ſpeciali Prætoris decreto, impetrata in integrum reſtitutione. Et recte: quia enim lite conteſtata videtur quaſi contractum inter actorem & reum; non facile debet actori concedi, ab ea recedere ſine conſenſu rei, cui jus quæſitum eſt: aliter ac fit, cum actio tantum edita, id eſt, cum reo tantum ſpecies futuræ litis ante judicium eſt demonſtrata, res autem in judicium deducta non eſt *d. l. 3. d. l. unic.* neque de ea quaſi contractum videtur: denique, cum nihil cauſæ eſt, cur minus actor poſſit ab edita actione recedere, quam reus deliberare, utrum cedere malit, an ultra contendere. Si tamen apparet evidens æquitas emendandæ aut mutandæ actionis; indulgenda actori etiam poſt litem conteſtatam erit ejus & emendatio & mutatio: id enim intelligitur ex *l. 4. §. fin. D. de noxalibus actionibus. l. 84. §. 5. in fin. D. de legatis lib. 1. l. 18. §. 1. D. de vi & vi armata.* idemque Cicero probat *Pro Cæcina.* Verba Ciceronis. *At ſi quis mihi hoc judex, recuperatorve dicat, potuiſti enim leviore actione confligere, potuiſti ad tuum jus faciliore, & commodiore judicio pervenire, quare aut muta actionem, aut noli mihi inſtare, ut judicem. tamen is aut timidior videatur, quam fortem, aut cupidior, quam ſapientem judicem eſſe æquum eſt, ſi aut mihi præſcribat, quemadmodum meum jus perſequar, aut ipſe id, quod ad ſe delatum ſit, non audeat judicare. Etenim ſi Prætor is, qui judicia dat, nunquam petitori præſtituit, qua actione illum uti velit. videte quam iniquum ſit, conſtituta jam re, judicem, quid agi potuerit, aut quid poſſit, non quod actum ſit, quærere. Verumtamen nimiæ veſtræ benignitati pareremus, ſi alia ratione jus noſtrum recuperare poſſemus.* Ita eſt: ſi evidens eſt æquitas emendandæ aut mutandæ actionis, etiam poſt litem conteſtatam indulgetur ejus & emendatio & mutatio: ſed non ſimpliciter, nec ſponte: non enim poteſt actor poſt litem conteſtatam, invito reo, ab inſtituta actione deſiſtere, & inſtantiæ renuntiare ſine permiſſu Prætoris: &, ut maxime renuntiet liti, tamen & reo manet jus urgendi ſententiam vi litis conteſtatæ, per quam inter eum actoremque quaſi contractum videtur, & Judici incumbit adhuc neceſſitas ferendi ſententiam *l. 74. D. de judiciis:* quia ante non eſt functus officio ſuo. Quid ergo eſt? ſi evidens ſit utilitas mutationis aut emendationis: puto, actori eam concedi, etiam poſt litem conteſtatam; ſed non ſponte, nec ſuo jure; ſed, (ut Severus & Antoninus loquuntur in *d. l. 3*) *Si jus reddentis decernit æquitas:* hoc eſt, impetrata a Prætore in integrum reſtitutione cauſa cognita. cujus & Seneca meminit *epiſt. 41.* ſic ſcribens. *Per iſtud philoſophiæ ſunt nigræ & turpes infameſque etiam ad album ſedentibus exceptiones. Quid enim aliud agitis, cum eum, quem interrogatis, ſcientes in fraudem inducitis, quam ut formula cecidiſſe videatur? ſed quemadmodum illum Prætor, ſic hos philoſophia in integrum reſtituit.* Sic Seneca. Juſtinianus quoque §. 33. *Inſt. de actionibus.* Verba Juſtiniani. *Si quis agens in intentione ſua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, a cauſa cadebat: nec facile in integrum reſtituebatur a Prætore, niſi minor erat viginti quinque annis. Huic enim ſicut in aliis cauſis cauſa cognita ſuccurrebatur, ſi lapſus juventute fuerat: ita & in hac cauſa ſuccurri ſolitum erat. Sane ſi tam magna cauſa juſti erroris interveniebat, ut etiam conſtantiſſimus quiſque labi poſſet, etiam majori viginti quinque annis ſuccurrebatur, veluti &c.*

Ex his apparet, Selectum Judicem, ut notionem accipiat qua in cauſa, litigatoribus a Prætore eſſe addicendum: neque ante, quam his addictus ſit, aut notionem habere, aut Judicem eſſe: imo, ſi quibus datus ſit qua in cauſa, ne in illa quidem, in qua ſit datus, poſſe aut aliter judicare, aut ultra, quam juſſus eſt: adeo neque abſolvere, neque condemnare, niſi Prætoris permiſſu. Atque hoc verum eſt, ſi non inter litigatores aliter ſit conventum poſt litem conteſtatam: nam tum æquum eſt, Judicem includi formulæ, quam ei præſcripſit Prætor, & de qua lite conteſtata quaſi contractum eſt. At ſi inter conſentientes cognoſcat Judex, alia poſt ſequuta pactione, dicendum eſt, ea informari formulam, ac fingi, velut tacita Prætoris voluntate, neque inde Judicem regi eo quod Prætor juſſit judicari, ſed quod litigatores ſequuta conventione complexi ſunt: propterea quod Prætori negotium eſt, per Judicem dirimere eorum litem qui ea gratia ad eum in jus veniunt: qui ſi ab ea ſponte recedunt opera dati

Ju-

Judicis, neque injuria fit Prætori, (nam obtinet hoc quod agit) & contra accipit cauſam, cur perinde ratam habeat hanc ſententiam, ac ſi ex formula judicatum eſſet. id ſane Ulpianus vult *l. 26. D. de re judicata*; cum, *Si*, inquit, *convenerit inter litigatores, quid pronuntietur, non abs re fore, judicem hujuſmodi ſententiam proferre.* Inde quæſitum eſt, ſi Judex juſſus ſit, judicare uſque ad certam ſummam, an de re majore judicare poſſit. Et non puto, poſſe ſine litigatorum conventione: quia illum Prætor incluſit certis terminis, neque voluit exſpatiari ultra. Quid, ſi convenit inter litigatores, ut de majore quoque re judicet? ait Julianus, etiam de re majore judicaturum *l. 74. §. 1. D. de judiciis.* Nam & ſi Judex notionem acceperit a Prætore uſque ad certum tempus: tamen ſi placeat inter litigatores & Judicem, ut eam ulterius habeat, perduraturam, Ulpianus ait *l. 2. §. 2. D. de judiciis:* quia Prætor, cum formulæ inſerit certum tempus, intendit ad utilitatem litigatorum ac Judicis: qui ſi ei renuntiant privata conventione, jure facere videntur; ſiquidem æquum eſt, volentes uti Prætoris beneficio, nolentes non cogi uti. Sed id obtinet, niſi ſpecialiter Principali juſſione inhibeatur prorogatio: ut Ulpianus loquitur *l. 2. §. 2. D. de judiciis*, vel, ſi mavis, Tribonianus: a quo inſerta illi loco eſt hæc clauſula ex *l. 13. C. de judiciis:* pariter ut in *l. 32. D. eod. tit.* ex eadem *l. 13.* inſerta eſt finalis clauſula.

Igitur Prætor Judicem litigatoribus in jure addicebat; ſimul litem formulamque concipiebat; & hac agendi judicandique fines ponebat. id maxime in judiciis ſtricti juris: nam in bonæ fidei judiciis aliquanto laxior erat poteſtas Judicis *§. 30. Inſt. de actionibus:* non aliam ob cauſam, quam quia in his Prætor formulæ addebat clauſulam, *Ex bona fide*, ſimilemve, in illis talem ei clauſulam non addebat: neque igitur mirum, ſi Judex, cum ad eum ventum eſſet, in iſta ſpecie formulæ & legum ſubtilitati ſervire, atque intra eam conſiſtere; in illa ex bono & æquo, non etiam ex ſubtili jure & legum ſeveritate, judicare cogeretur. Sed hoc Cicero oſtendit *Pro Roſcio Comœdo.* Verba Ciceronis. *Pecunia tibi debebatur certa, quæ nunc petitur per judicem, in qua legitimæ partis ſponſio facta eſt. Hic tu ſi amplius HS nummo petiſti, quam tibi debitum eſt, cauſam perdidiſti: propterea quod aliud eſt judicium, aliud eſt arbitrium. judicium eſt pecuniæ certæ, arbitrium incertæ. ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus: ejus rei ipſa verba formulæ teſtimonio ſunt. Quid eſt in judicio? Directum, aſperum, ſimplex. Si peteret* H-S IↃↃↃ *dari, hic niſi planum facit* HSIↃↃↃ *ad libellam ſibi deberi, cauſam perdit. Quid eſt in arbitrio? Mite, moderatum, quanto æquius melius id dari.* Hoc Cicero: idem vel ſimile Seneca. *De beneficiis lib. 3. c. 3. Quæcunque*, inquiens, *in cognitionem cadunt, comprehendi poſſunt, & non dare infinitam licentiam judici. Ideo melior videtur conditio cauſæ bonæ, ſi ad judicem, quam ſi ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit, hujus libera & nullis adſtricta vinculis religio & detrahere aliquid poteſt, & adjicere, & ſententiam ſuam non prout lex aut juſtitia ſuadet, ſed prout humanitas & miſericordia impulit, regere.* Huc uſque Seneca.

Ex quo differentia utriuſque formulæ clara & certa, effectus item clari & certi. Nec tamen aſſentior Franciſco Connano *lib. 5. Comment. jur. Civil. c. 5. n. 2.* aliiſque Doctiſſimis Viris; exiſtimantibus, deberi naturæ differentiæque formularum quæ a Prætore dantur in judiciis bonæ fidei & ſtricti juris, quod uſuræ in bonæ fidei judiciis ex mora præſtantur officio Judicis; in ſtricti juris judiciis ex mora officio Judicis non præſtantur. imo mihi perſuadeo, uſuras ex vetere horum judiciorum uſu non magis in bonæ fidei, quam in ſtricti juris, judiciis officio Judicis ex mora obtinuiſſe: primumque tentaſſe aliquid Antiſtium Labeonem: non quidem in omnibus bonæ fidei Judiciis; ſed in una pro ſocio actione: nec ibi alias, quam ſub colore ejus quod intereſt. cæterum quod is ſubverecunde, & dumtaxat adhibito colore, atque in una illa pro ſocio actione, inchoavit, deinde Divum Pium in omnibus bonæ fidei judiciis, itemque legatis & fideicommiſſis, palam conſtituiſſe. Sed hoc, etſi digniſſimum obſervatu, & hactenus intactum aliis, tamen quia diligenter expoſui *De Fœnore & Uſuris lib. 3. c. 6. & ſeq.* hic, ne actum agam, ulterius non exequar.

Potius de exceptione pauca ſubjiciam. eſt enim vel circa eam egregius, & qui ſit magni uſus, effectus diſtinctionis judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris. Ecce, actor poſtulabat ſibi a Prætore actionem & Judicem dari & ei puram præſcribi formulam; ſcilicet, *Si paret, reum dare facere oportere, condemna.* contra poſtulabat reus, formulæ addi exceptionem, nempe, *Extra quam ſi pactum conventum, aut dolus malus, aut ſimile, intervenerit.* Eam exceptionem ſi formulæ inſereret Prætor: tum deinde poterat reus eam in judicio poſt litem conteſtatam, ubi actor intentionem ſuam probaverat teſtibus aut inſtrumentis, Judici probare; & Judex poterat eam admittere: ſin ea in jure omiſſa, aut petita, non impetrata, eſſet; deinde probata in judicio actoris intentione, fruſtra apud Judicem objiciebatur: eo quod ei formula finem poſuerat; & æquitas quæ extra actionem extraque formulam erat, ei parum commiſſa credebatur. ita reus, quia liquebat, eum teneri ex regulis juris, quamquam inique, tamen a Judice ſine ulla religione, condemnabatur. Hoc in judiciis ſtricti juris: in his autem quæ erant bonæ fidei, nihil attinebat, exceptionem in

jure

jure a Prætore nominatim impetrari: nam etſi in formula omiſſa eſſet a Prætore, in judicio ſupplebatur officio Judicis, cujus jam arbitrium liberum & vinculis ſolutum videbatur. ita exceptio in judiciis ſtricti juris Prætoris facto, in reliquis ipſo jure, nitebatur: & ſi pactum aut dolus interveniſſet, in judiciis ſtricti júris actio quidem nata dicebatur, ſed exceptione infirmari *l.* 36. *D. de verborum obligationibus:* ſin ea in judiciis bonæ fidei apparerent, agi non poterat; ſic enim Paulus loquitur *l.* 3. *D. de reſcindenda venditione:* puto, quia his exceptiones ineſſe, vel ut Paulus ait *l.* 38. *D. de hereditatis petitione*, officio Judicis contineri videbantur: id eſt, ut ipſe indicat, etſi in jure omiſſæ eſſent, tamen in judicio opponi, & vel Prætoris injuſſu admitti poterant. quid multa? Paulus *l.* 3. *D. de reſcindenda venditione* ait, exceptiones quæ actionibus bonæ fidei inſunt, actiones ipſo jure tollere: ipſumque Ulpianus firmat *l.* 16. §. 1. *D. de minoribus.* amplius idem Ulpianus eas Prætoris facto *d.* §. 1. *l.* 16. Paulus *d. l.* 3. exceptionibus opponit: quaſi exceptiones non ſint quæ actione continentur, & in judicio, etſi apud Prætorem conteſtatæ non ſint, adhuc Judicis officio ſupplentur. Sed quemadmodum verba hæc, *ipſo jure nullum eſſe*, & *per exceptionem tolli*, invicem opponuntur ſibi *l.* 28. *D. de actionibus empti & venditi*, & *l.* 27. *D. de regulis juris:* ita illa, *per exceptionem*, & *officio Judicis*, ſibi committuntur *l.* 11. *D. de noxalibus actionibus*, *d. l.* 38. *D. de hereditatis petitione*, & *l.* 3. §. *ult. D. Nautæ caupones ſtabularii:* iſta quoque, *per exceptionem tolli*, & *judicio ineſſe exceptionem d. l.* 3. *D. de reſcindenda venditione*, *l.* 21. *D. Soluto matrimonio*, & *l.* 84. §. 5. *D. de legatis lib.* 1.

Caput XIV.

Ulpianus l. 7. D. de dolo malo emendatus.

Hæc, & quæ his conſequentia ſunt, minus obſervavit Ulpiani Vetus Interpres cujus manus, niſi me fallit conjectura, extat in *l.* 7. *D. de dolo malo*, nondum, quod ſciam, animadverſa: etſi turbet Ulpiani locum, alioquin elegantem & planum. ea causa integrum adſcribam, uti corrigam, & Studioſos Juris moleſtia liberem. is locus ſic habet.

Et eleganter Pomponius hæc verba, Si alia actio non ſit, *ſic excipit*, *quaſi res alio modo ei*, *ad quem ea res pertinet*, *ſalva eſſe non poterit. Nec videtur huic ſententiæ adverſari*, *quod Julianus lib.* 4. *ſcribit*, *ſi minor annis viginti quinque conſilio ſervi circumſcriptus*, *eum vendidit cum peculio*, *emptorque eum manumiſit*, *dandam in manumiſſum de dolo actionem. Hoc enim ſic accipimus*, *carere dolo emptorem*, *ut ex empto teneri non poſſit: aut nullam eſſe venditionem*, *ſi in hoc ipſo*, *ut venderet*, *circumſcriptus eſt. & quod minor proponitur*, *non inducit in integrum reſtitutionem: nam adverſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio poteſt locum habere.*

Ita eſt in pleriſque exemplaribus;* quibus & Baſilica aſſentiuntur *lib.* 10. *tit.* 3. Corrigo tamen. *Hoc enim ſic accipimus*, *carere dolo emptorem*, *ut ex empto teneri non poſſit. Et quod minor proponitur*, *non inducit in integrum reſtitutionem: nam adverſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio poteſt locum habere.* Ejeci verba iſta, *Aut nullam eſſe venditionem*, *ſi in hoc ipſo*, *ut venderet*, *circumſcriptus eſt:* quia quantum mea fert opinio, alicujus Interpretis ſunt, Ulpiani certe non ſunt. Interpretabatur Ulpianus Edicti de dolo malo verba, *Si alia actio non erit*, *judicium dabo.* Ea vero verba ſic accipiebat: Si ea res alio modo ei ad quem pertinet, ſalva eſſe non poterit. huic interpretationi adverſari videbatur, quod Julianus ſcribit, Si minor ſervum, ejus conſilio circumſcriptus, vendidit cum peculio, emptorque eum manumiſit, dandam in manumiſſum de dolo actionem. nam inde poterat colligi, Julianum velle, dandam venditori, etiam cum res aliter ſalva eſſe poteſt, de dolo actionem eſſe. quamobrem? quia emptor, apud Julianum, aut eſt doli particeps, aut dolo caret: &, ſi doli particeps eſt, datur venditori utilis venditi actio adverſus emptorem. ad quid? ut aut emptioni ſtetur, aut ut emptio reſolvatur; & adeo ſervus, pretio emptori reſtituto, venditori contra reſtituatur, denique, ſi id fieri nequeat hoc in caſu, propter ſubſecutam manumiſſionem, in id quod venditoris interfuit, non manumitti ſervum. Hoc, ſi emptor doli particeps eſt: ſin dolo caret, venditor ætate læſus eſt; Jure Prætorio ei in integrum reſtitutio indulgetur. Utcumque igitur erit in Juliani exemplo: datur venditori de dolo actio, etſi poteſt ei res aliter ſalva eſſe, quam actione de dolo: quia datur venditori utilis venditi actio, ſi emptoris dolus arguitur; aut in integrum reſtitutio, ſi non arguitur dolus ejus: & tamen a Juliano de dolo actio conceditur. Expoſui duplicem difficultatem. Dicam, quid utrique reponat Ulpianus. prior difficultas eſt: quod, ſi emptoris dolus intervenit, datur venditori utilis venditi actio adverſus emptorem: habet igitur locum de dolo actio ex Juliani ſententia, cum res alio modo ei ad quem pertinet, ſalva eſſe poterit: aliter atque Ulpianus interpretatus eſt. * Hæc prior difficultas: ſed reſpondet Ulpianus, non videri Julianum ſenſiſſe de caſu quo emptor eſt dolo proximus, ſed de caſu quo emptor dolo vacat: & actionem ex vendito venditori quidem de dolo dari

adverſus emptorem, cum is dolum commiſit; ſed non æque, ſi a dolo alienus proponitur. igitur Julianum non dediſſe actionem de dolo, cum res poteſt venditori aliter ſalva eſſe. Sublata eſt prior difficultas. Quæ altera? quod venditor, ſi & minor eſt, & ætate lapſus, ut in propoſita ſpecie, etiam cum valet contractus, in integrum reſtitutione adjuvatur: datur igitur a Juliano de dolo actio, ubi res aliter ſalva eſſe poteſt. Sed animadvertebat Ulpianus, etiam id fruſtra colligi: quia idem ſervus qui a minore venditus eſt, apud Julianum ab emptore manumiſſus proponitur: adverſus manumiſſum autem nulla in integrum reſtitutio locum habet. non igitur poteſt ibi minori, eidemque venditori, cui neque in integrum reſtitutio, neque utilis actio, competit, res aliter ſalva eſſe, quam actione de dolo. Hic Ulpiani ſenſus eſt *d. l.* 7. atque hunc ipſe (non enim poſſim uti magis idoneo aut auctore aut interprete) in *l.* 9. *§. ult. & l.* 11. *D. de minoribus* plane exprimit ſequentibus verbis.

Adverſus libertatem quoque minori a Prætore ſubveniri impoſſibile eſt. verum vel de dolo, vel utilis actio erit in id, quod minoris interfuit, non manumitti. & reliqua.

Cum ait Ulpianus, minori *de dolo* actionem dari; tum verum eſt, ſi intervenit dolus non emptoris, verbi gratia, ſed manumiſſi ſervi: cum vero inſit, *Vel utilem actionem fore in id quod minoris interſuit, non manumitti*; tum placet, cum ipſius emptoris dolus interveniſſe dicitur. quod emendationi meæ convenit. Proinde apparet, *d. l.* 7. verba, *aut nullam venditionem eſſe, ſi in hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus eſt*, non dicam vacare, ſed rationem diſputationis alioquin elegantem interpellare. Ea tamen adſcripſit Interpres, quiſquis is fuit: quia videbat, ubi emptoris dolus arguitur, venditori ex vendito actionem dari hactenus, ut contractui ſtetur: videbat quoque, dolum qui ſit in bonæ fidei contractu admiſſus, eum contractum, ſi id malit venditor, ipſo jure diſſolvere: utrumque vero actionis venditi eſſe, non videbat: itaque Ulpiano importunam interpretationem adjecit. Quamquam æque ineptus fuit qui hanc e margine in contextum tranſtulit; &, cum ſcripſiſſet Ulpianus, (*Hoc enim ſic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non poſſit. & quod minor. &c.*) his ſtulte inſeruit, *aut nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus eſt*. Id enim idem valet, ac ſi eſſet, Aut, ſi in hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus ſit venditor, nullam eſſe venditionem; eoque ſic eam accipi, quaſi omni prorſus careat effectu, non adverſus venditorem tantum qui ab emptore deceptus eſt dolo malo, ſed adverſus emptorem quoque qui venditorem dolo decepit; & ideo illo in caſu, quia alia actio non eſt, neceſſariam eſſe de dolo actionem. At non ita eſt; neque hoc Veterum quiſquam in judicio bonæ fidei aut ſenſit, aut dixit: contra voluerunt illi, exceptionem doli mali, agente emptore, propter clauſulam, Ex bona fide, ineſſe ex empto actioni, ibique officio Judicis contineri; venditore vero agente, actionem de dolo malo ſimiliter ineſſe actioni ex vendito vi ejuſdem clauſulæ, denique, venditori agenti ad emptionis ſolutionem, & rei traditæ reſtitutionem, aut etiam aliter ad id quod intereſt, ex vendito actionem utilem Jure Civili ſuppetere: neque neceſſariam eſſe Prætoriam de dolo malo actionem. Plane ita cenſeo, ac ne Ulpiano error acceſſiſſe videatur, ad oram libri eſſe remittenda illa, *aut nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus eſt*. Quod notandum eſt: in primis, quia id vitium, non animadverſum, fraudi fuit eruditis hominibus: exiſtimantibus, dolum qui detegitur in contractu bonæ fidei, ſi dederit cauſam contractui, eum ipſo jure nullum facere; ſin inciderit in contractum bonæ fidei, contra dicendum eſſe. Quod mihi non placet: &, volente Deo, latius exequar libro, De forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admiſſi. nunc attigiſſe ſufficit, & velut digito indicaſſe.

Caput XV.

De litis conteſtatione & effectu ejus. Judex quomodo cognoſcat, & ubi? Imperator Alexander reſtitutus l. 10. *pr. & §.* 1. *C. de fidejuſſoribus & mandatoribus: & reſponſum his quæ contra moventur.*

Ad hunc modum ordinata lite, tandem ſubſecuta fuit ejus conteſtatio: quam Juſtinianus ait fieri poſt narrationem propoſitam & contradictionem objectam *l.* 14. *§.* 1. *C. de judiciis.* Quemadmodum autem facta ſit, docet Feſtus in verbo, *conteſtari*: ſic inquiens, *Conteſtari litem dicuntur duo aut plures adverſarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere ſolet, teſtes eſtote.* Sed plane rem deſignant Severus & Antoninus *l. unic. C. de litis conteſtatione*; cum ſcribunt, litem conteſtatam videri tunc, cum Judex (Prætorem ſic appellant Imperatores) ex narratione actoris & contradictione rei cœpit cauſam audire. Quia autem poſtulante actore, & contradicente reo, a Prætore conſtituebatur, ſive dabatur, judicium; id eſt, decernebatur, in id quod intenderetur & exciperetur, probationes ab actore & reo adſerri apud Judicem; ab eoque pronuntiari cauſa cognita; eamque in rem teſtes adhibebantur; inde factum

tum fuit, ut per litis conteſtationem diceretur quaſi contrahi *l. 3. §. xi. D. de peculio*, item celebrari non poſtulatio ſimplex, ſed peti & poſtulari cum effectu: etſi res plerumque in judicium dilaberetur, ibique & concertaretur demum, & dijudicaretur: præterea inde factum fuit, ut a lite conteſtata diceretur res in judicium deduci, & incipere judicium: poſtremo, ut hæc, ante judicium ſuſceptum, & ante litem conteſtatam, item, poſt litem conteſtatam, & poſt judicium acceptum, vel ſuſceptum, idem valerent in *l. unic. C. de litis conteſtatione*, *l. 15. D. Ratam rem haberi*, *l. 25. §. 7. & l. 40. D. de hereditatis petitione*, apud Ciceronem quoque, *Partitionibus c.* 28. cujus verba, quamquam complura ſint, tamen quia digna videntur hoc loco, appoſui. Verba Ciceronis. *Atque etiam ante judicium de conſtituendo ipſo judicio ſolet eſſe contentio, cum aut, ſitne actio illi, qui agit, aut jamne ſit, aut num jam eſſe deſierit, aut illane lege, hisne verbis ſit actio, quæritur: quæ etiamſi ante, quam res in judicium venit, aut concertata, aut dijudicata, aut confecta non ſunt: tamen in ipſis judiciis permagnum ſæpe habent pondus, cum ita dicitur: plus petiiſti: ſero petiiſti: non fuit tua petitio: non a me, non hac lege, non his verbis, non hoc judicio.* Et poſt. *Quare de conſtituendis actionibus, accipiendis, ſubeundiſque judiciis, de excipienda iniquitate actionis, de comparanda æquitate, quod ea fere ejus generis ſunt, ut, quamquam in ipſum judicium ſæpe dilabantur, tamen ante judicium tractanda videantur, paululum ea ſeparo a judiciis, tempore magis agendi, quam diſſimilitudine generis.*

Igitur lite conteſtata & conſtituto judicio, res a Prætore tranſibat ad Judicem: iſque eam dein cognoſcebat. ubi? eo in loco quem Prætor in jubendo judicare comprehendit; aut in eo quo ſolet judicari ſine incommodo litigantium *l. 59. D. de judiciis*: qualia loca a Modeſtino *Loca judiciorum* appellantur *l. 6. §. 2. D. de excuſationibus*. Cognoſcebat autem Judex cum amicis quos rogaverat in conſilium cumque his ſedebat in ſubſelliis: ut intelligitur ex Gellio *lib. 14. c. 2.* & inde pedaneus Judex appellatur in *tit. C. de pedaneis judicibus*: quod eſt commune nomen omnium qui cognoſcunt alias, quam pro tribunali.

Habes ordinem privatorum judiciorum: qui indigitatur ab Imperatore Alexandro in *l. 10. C. de fidejuſſoribus & mandatoribus.*

> *Fidejuſſor, ſeu mandator, ſi in uſuras quoque obligatus eſt, juſtam cauſam recuſandi eas ſolvere non habet. §. 1. Ut autem is, qui cum altero fidejuſſit, non ſolus conveniatur, ſed dividatur actio inter eos, qui ſolvendo ſunt, ante condemnationem ex ordine poſtulari ſolet.*

Ita omnes codices; ſed mendum ſubeſt duobus locis: corrigo & ſcribo.

> *Fidejuſſor, ſi in uſuras quoque obligatus eſt, juſtam cauſam recuſandi eas ſolvere non habet. §. 1. Ut autem is, qui cum altero fidejuſſit, non ſolus conveniatur, ſed dividatur actio inter eos, qui ſolvendo ſunt, ante litis conteſtationem ex ordine poſtulari ſolet.*

Sic conjeci *lib. 2. Probabilium Juris Civilis c. 1.*

Sed conjectura diſplicet viro cuidam erudito & præclaro: exiſtimanti, textum *d. l. 10.* prout editur, cum aliis locis in Codice Juſtiniani eximie conſentire: ſic enim ſcribit. Sed, quod ejus pace dicam, parum probabili ratione: ubi fatetur, cum textum non conſentire temporibus Imperatoris Alexandri de quibus quæritur in *d. l. 10.* ſed temporibus poſteriorum Imperatorum de quibus in *d. l. 10.* quæ eſt Alexandri, non agitur. imo quod attinet ad Alexandri tempora; fatetur, veram eſſe meam ſententiam, neque illis Alexandri ſcripturam, prout vulgo editur, convenire: cum tamen id eſſet quod ego in *d. l. 10.* mihi demonſtrandum ſumpſeram, & cur receptam Alexandri lectionem emendandam eſſe, arbitrarer. Sed ubi fatetur vir ille eruditus, quærentibus auctoris mentem, eſſe falſam *d. l. 10.* ſcripturam; idemque negat, eam ullius egere emendationis, quia cum cæteris locis optime conſentit: vereor, ne manifeſte ſibi contradicat. Niſi placet, mutationem (ſi quæ facta ſit in *d. l. 10.*) eſſe Triboniani: id enim mavult. Sed ſive Triboniani ſit, ſive cujuſquam alterius, tamen, ſi Alexandri non ſit, non infirmat vim ſententiæ meæ: qui dixi: vulgatam ſcripturam diſciplinæ ſeculi Alexandri non reſpondere: & ideo in principio legis delenda eſſe verba, *ſeu mandator* & *in* §. 1. pro *condemnationem* Alexandrum ſcripſiſſe, *conteſtationem*, vel *litis conteſtationem*. At Tribonianus Alexandri verba ſequentis uſui temporis accommodavit, atque id ſi quis conjiciendum arbitretur, non intercedit vir eruditus. Si tamen hoc ei largirer; nihilominus verum foret quod ante dixi, verba, *ſeu mandator*, non eſſe Alexandri in *pr. d. l. 10.* item in §. 1. cum non, *ante condemnationem*, ſcripſiſſe, ſed *ante conteſtationem*, vel, *ante litis conteſtationem.* Quamquam, ut quod res eſt, dicam, non placet, quod refertur de ſequentium temporum uſu ad quem inflexa a Triboniano ſint Alexandri verba: nam is uſus neque liquet ullo Juris Juſtinianei loco, neque magis ſequentium temporum fuit, quam præcedentium.

Scio, contra dici, ſublatis Jure novo formulis, & Judicibus datis, a Diocletiano & Maximiano *l. 2. C. de pedaneis judicibus*, ſimul ſublatum eſſe quod feci diſcrimen actionum bonæ fidei & ſtricti juris: idque intelligi inde, quod *l. 8. & 9. C. de exceptionibus*, & aliæ de conteſtatione loquentes, non diſtinguunt inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris: tantum docent, reum non cogi, ſuas exceptiones ſtatim proſequi, ſed ei ſufficere ſimplicem earum conteſtationem in principio: tum poſſe exſpectare, donec actor jus ſuum probaverit. quin amplius dici, in *l. 9. C. de præſcriptione longi temporis* idem diſerte obſer-

vari in emptione & venditione quæ eſt maxime bonæ fidei, ac vel eo liquere exemplo, nullum eſſe hac in parte diſcrimen actionum bonæ fidei & ſtricti juris; ſed in utroque genere exceptionum conteſtationem ab initio peræque & deſiderari & ſufficere: idque indicari prioribus verbis *d. l.* 10. *C. de fidejuſſoribus*, quæ ſunt, *Fidejuſſor, ſeu mandator*, & his poſterioribus, ***Ante condemnationem ex ordine poſtulari ſolet:*** itaque eum textum cum cæteris optime convenire, nec ullius egere emendationis, ut nunc eſt.

Sic ille: ſed quam recte, videamus. Ait, ſublatos novo Jure eſſe Judices datos, etiam formulas, & differentiam judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris, factumque id omne eſſe a Diocletiano & Maximiano *l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*. At ea in lege non fit mentio formularum, neque judiciorum bonæ fidei, aut ſtricti juris. non igitur tolluntur ea formulæ, neque differentiæ actionum bonæ fidei & ſtricti juris: imo, ne in ſolidum quidem Judicum datio aboletur. Nam, ut de hac primum loquar, tantum jubentur Præſides, in cauſis in quibus ante ſolebant Judices dare, deinceps per ſe cognoſcere, ſi non multitudine litium aut negotiorum impediantur: at ſi ea ſit, tum Præſidibus Judicum datio non interdicitur: utique iis in cauſis in quibus ante obtinuit; excepta cauſa ingenuitatis & libertinitatis. Hoc neſcio an addam, quod Julianus dein *l.* 5. *C. eod. tit.* Secundo, Præfecto prætorio, ſcripſit, eſſe humiliores cauſas in quibus ſuperfluum ſit, Moderatorem provinciæ exſpectare: ideoque ſe Præſidibus dare poteſtatem conſtituendi pedaneos Judices: hoc eſt, qui negotia humiliora diſceptent; atque indiſtincte, ſive impediantur Præſides, ſive non impediantur. Illud non omiſerim, quod ipſi Impp. Diocletianus & Maximianus in *l. ult. C. de in litem jurando* (quæ eſt poſterior *d. l.* 2. ſcripta quippe 8. cal. Januarii; cum *d. l.* 2. jam eſſet data 15. cal. Auguſti ejuſdem anni) manifeſte, *Judicem datum*, inquiunt, *ferre ſententiam convenit*. Hoc plus in *l.* 3. *C. ſi a non competente Judice judicatum eſſe dicatur* (quæ eſt anni 297. cum, ut dixi, *d. l.* 2. ſit anni 294.) palam meminerunt *Judicis de proprietate dati a Rectore Provinciæ*. Imo poſt eos Imperatores adhuc Theodoſius & Valentinianus, *l. unic. C. Qui pro ſua juriſdictione Judices dare darive poſſunt*, Cyro Præfecto prætorio, clare præcipiunt, *In cauſarum delegationibus illud obſervari, ut ita valeant, ſi ad juriſdictionem pertineant delegantis*. Dixi de Judicis datione. Porro quod ad formulas attinet, æque certa res eſt: ſiquidem earum impetratio non fuit a Diocletiano & Maximiano ſublata in *d. l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*; ſed demum a Theodoſio & Valentiniano in *l.* 2. *C. de formulis & impetrationibus:* inter quam & *d. l.* 2. *C. de pedaneis judicibus* interceſſit ſpatium majus, quam centum annorum. Quod ſi eſt; conſtat, reo ante *d. l.* 2. *C. de formulis & impetrationibus* fuiſſe neceſſitatem exceptionis in judicio ſtricti juris in initio ſive poſtulandæ ſive conteſtandæ, etiam cum Præſides per ſe cognoſcerent ex præſcripto Diocletiani & Maximiani in *l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*. Quam ob rem? quia ea nuſquam legitur ſublata ante Theodoſium & Valentinianum in *d. l.* 2. *C. de formulis & impetrationibus*. Amplius, manſit ea & poſt hanc legem: quia per hanc tantum deſiit neceſſitas impetrandæ actionis certæ & ſolemnis; ſi modo conſtaret, eſſe rei aptam, & propoſito negotio competentem. ita eſt: remittitur in ea lege actori neceſſitas impetrandæ actionis, ſeu certæ & ſolemnis formulæ, in majore & minore judicio: actione autem inſtituta, id eſt poſtulata, ſine expreſſione ejus formulæ, non remittitur reo neceſſitas exceptionis quibuſcumque verbis aptis & idoneis in initio ſive poſtulandæ, ſive opponendæ, ſive conteſtandæ, in judicio ſtricti juris, ſive hoc ſit majus, ſive ſit minus. quo minus igitur reus & poſt *d. l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*, & poſt *d. l.* 2. *C. de formulis & impetrationibus*, ea neceſſitate teneatur ex Edicto perpetuo, nihil impedit: nempe, ut Præſes audita intentione actoris & contradictione rei decernat, in id quod petitur & excipitur, probationes ab utroque adferri vel apud ipſum, vel apud Judicem ab eo datum. Quod ſi placet; probatum eſt, eſſe ſublatam ſolemnis formulæ impetrationem; ſed rem ſublatam non eſſe. Æque certum eſt, viguiſſe differentiam judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris poſt *d. l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*. nam ejus mentio fit a Juſtiniano in Pandectis & Codice, non dicam, ſæpe, ſed paſſim, & ſtulte, ſi illa differentia ejus ætate inanis & ſupervacua fuiſſet. Quid? quod idem Imperator §. 28. 29. & 30. *Inſt. de actionibus* non modo confirmat eam actionum diſtinctionem: ſed & quaſdam facit actiones bonæ fidei, quæ ante aut non fuerant tales, aut fuerant ambiguæ: id vero cui facturus videtur, niſi jam tum uſum habuiſſet?

Nil juvat virum eximium, quod ait, a Diocletiano & Maximiano in *l.* 8. & 9. *C. de exceptionibus*, aliiſque locis, de exceptionum conteſtatione loquentibus, non diſtingui inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris; ſed tantum doceri, reum non cogi, ſuas exceptiones ſtatim proſequi. Nam his in locis proprie non ſunt leges Diocletiani & Maximiani; quibus aut novum aut generale jus definiatur: magis ſunt eorum Reſcripta ad factum certum; in quo tantum fuit de judiciis ſtricti juris, non etiam de judiciis bonæ fidei, quæſitum: neque igitur poteſt ex illis fieri argumentum ad abolitionem judiciorum bonæ fidei: de quibus ibi neque conſulti fuere Imperatores, neque reſponderunt. Atque hoc extra omnem dubitationem eſt: poſtquam ipſi Imperatores, Diocletianus & Maximianus

l. 2.

l. 2. C. Sententiam reſcindi non poſſe clare ſcribunt, *Peremptorias exceptiones omiſſas in initio, antequam ſententia feratur, opponi poſſe, perpetuum Edictum manifeſte declarare.* Quid enim aliud indicant illis verbis Imperatores, quam ſe ex antiquo Jure, quantum ad exceptiones in judiciis bonæ fidei aut ſtricti juris opponendas attinet, nihil immutaſſe: ſed velle, eam rem definiri ex auctoritate Edicti perpetui, quo judicia bonæ fidei a ſtricti juris judiciis erant diſtincta? Quod ſi eſt; opinor, eos Imperatores idem agere in *d. l.* 8. & 9. neque his aliud argui, quam reum, volentem ſe in judicio ſtricti juris tueri exceptione, teneri Edicto perpetuo, eam in initio opponere, id eſt, poſtulare & conteſtari: & ſi oppoſita ac conteſtata ſit; tum poſſe ea poſt litem conteſtatam uti antiquo more; quo pleraque quæ apud Prætorem poſtulabantur, ferе in judicium dilabebantur; ibique demum & concertabantur & dijudicabantur: ut ex Cicerone dixi initio hujus capitis. Ita prorſus eſt: tantum volunt Diocletianus & Maximianus, reum in judicio ſtricti juris debere exceptionem ante litem conteſtatam opponere & conteſtari: eoque facto, ſecundum eam poſſe abſolutionem poſt litem conteſtatam poſtulare vel apud Præſidem, ſi ipſe cognoſcat, non impeditus multitudine litium aut negotiorum, vel apud Judicem a Præſide datum, ſi hic negotiorum aut litium multitudine cognoſcere impediatur. Sic mihi videtur, & in *d. l.* 8. & 9. non ideo non fieri mentionem judiciorum bonæ fidei, quia in hiſce tum æque neceſſaria fuit exceptionum conteſtatio, atque in judiciis ſtricti juris; quæ eſt ſententia eruditi viri: non enim potuit, ne quidem poſt *d. l. 2. C. de pedaneis judicibus*, ambigi, an in judiciis bonæ fidei deinceps conteſtanda eſſet exceptio ante litem conteſtatam: nam ea conteſtatio in his neque ante *l.* 2. initio fuit neceſſaria, quamquam tum vigente Judicum datione: neque poſt *d. l.* 2. fuit cauſa, cur deinde inciperet neceſſaria eſſe, Præſidibus in primis per ſe, non per datos Judices, cognoſcentibus. imo e contrario magis potuit dubitari, an ea conteſtatio in judiciis ſtricti juris poſt *d. l.* 2. eſſet æque ſupervacua, atque in judiciis bonæ fidei; maxime Præſidibus jam per ſe judicantibus, non per datos Judices: qui erant alligati anguſtiis formularum, quibus non videbantur teneri Præſides. Sed placuit Imperatoribus, exceptionum conteſtationem in ſtricti juris judiciis in initio æque neceſſariam eſſe poſt *d. l.* 2. atque ante eam legem: non ſublata diſtinctione judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris, quam voluit ſervari ratio Edicti perpetui.

Nec ei reſiſtit quod porro adſertur, Diocletianum & Maximianum in *l. 9. C. de præſcriptione longi temporis* diſerte meminiſſe emptionis quam certum ſit bonæ fidei eſſe: & tamen dicere, etiam in ea neceſſariam in initio eſſe exceptionis conteſtationem, eaque facta, poſſe exceptionem opponi uſque ad ſententiam. Nam & hic fallitur vir præclarus: nihil enim minus dicunt Imperatores, quam in actione empti aut venditi eſſe neceſſariam exceptionis conteſtationem: cum non de hac illis ſermo ſit; ſed de rei vindicatione: adverſus quam a bonæ fidei poſſeſſore qui ibi bonæ fidei emptor appellatur, decennii præſcriptio opponitur.

Quid ergo eſt? apparet, quod initio dixi, *d. l. 10. C. de fidejuſſoribus*, quæ eſt Alexandri, neque conſentire cæteris Codicis legibus, neque indigitare ullam differentiæ judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris abrogationem: quippe cum verum ſit, eam neque ante Juſtinianum contigiſſe: neque per eum. poſtremo apparet, nullam eſſe Triboniani manum non modo in poſtremis verbis §. 1. *d. l.* 10. ſed ne in primis quidem illis, *ſeu mandator:* quæ non Triboniani, ſed Gloſſatoris eſſe, eo verius dixi: quia illa Græci non adgnoſcunt *Baſilic. lib.* 26. *tit.* 1. *tom.* 4. *pag.* 112. atque adeo probabile eſt, in vetuſtiſſimis exemplaribus non extitiſſe.

Explicit. Liber I. de Jurisdictione & Imperio.

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Antecesſoris,

DE

JURISDICTIONE ET IMPERIO

LIBER SECUNDUS.

Caput I.

De mandata juriſdictione & ejus origine: item quid ſit mandare juriſdictionem?

Superiore libro Magiſtratus juriſdictionem per ſe exercuit: hoc per alium exercebit. nam uti jus eſt patrifamilias res ſuas adminiſtrandi vel per ſe, vel per alios quibus mandet earum adminiſtrationem. ita moribus placuit, juriſdictionem & a Magiſtratu exerceri, & ab eo aliis mandari, poſſe *l.* 1. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio. l.* 5. *D. de juriſdictione*, ſive Magiſtratibus, ſive privatis *l.* 3. & *l. ult.* §. 1. *D. de officio ejus, cui mandata eſt juriſdictio.* Mos autem ille a Regibus cœpit: ut pleraque quæ Magiſtratibus, propter vim imperii ſui, competunt. Tacitum audi: qui *lib.* 6. *Annal. c.* XI. *Antea*, inquit, *profectis domo Regibus, ac mox Magiſtratibus, ne urbs ſine imperio foret, in tempus deligebatur qui jus redderet ac ſubitis mederetur. feruntque ab Romulo Dentrem Romulium, poſt ab Tullo Hoſtilio Numam Marcium, & ab Tarquinio Superbo Spurium Lucretium impoſitos. dein Conſules mandabant; duratque ſimulacrum, quotiens ob ferias Latinas præficitur qui conſulare munus uſurpet.* Hæc Tacitus: addo, Livius *lib.* 1. *c.* 41. Verba Livii. *Interim Servio Tullio* (Regem Tarquinium) *jubere populum dicto audientem eſſe. Eum jura redditurum, obiturumque alia Regis munia. Servius cum trabea & lictoribus prodit; ac ſede regia ſedens alia decernit, de aliis conſulturum ſe Regem eſſe ſimulat. Itaque per aliquot dies cum jam exſpiraſſet Tarquinius, celata morte, per ſpeciem alienæ fungendæ vicis, ſuas opes firmavit.*

Igitur moribus comparatum eſt, ut juriſdictio non tantum a Magiſtratu exerceri, ſed etiam alii mandari, poſſit. ejuſque rei effectus eſt, ut is cui mandatur juriſdictio, ea non proprio jure fungatur, ſed mandantis: quia non principaliter datur ei juriſdictio lege, ſive more qui pro lege cedit *l.* 6. *D. de juriſdictione:* non etiam datur ei a Magiſtratu ita, ut ejus fiat (quod nec poteſt Magiſtratus: quippe cum Magiſtratum facere ſit Populi aut Principis) at quia patitur mos receptus, deligi a Magiſtratu aliquem qui ſuſtineat ejus partes: apparet, ſive legem, ſive morem, etſi non principaliter deferat mandatam jurisdictionem, tamen confirmare *d. l.* 6. itaque eum qui hanc ſuſcipit, nihil proprium habere; ſed aliena, hoc eſt, ejus qui mandavit, jurisdictione uti: ut Papinianus ait *l.* 1. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt jurisdictio*, & Julianus *l.* 5. *D. de juriſdictione.* Etiam Livius *d. c.* 41. ſcribens, Servium *per ſpeciem alienæ fungendæ vicis ſuas opes firmaſſe*: pro, per ſpeciem mandatæ jurisdictionis. Id vero adeo placet, ut Julianus ſcribat, *Etſi Prætor ſit is qui alienam juriſdictionem exſequitur, non tamen pro ſuo imperio agere, ſed pro eo, cujus mandatu jus dicit, quoties partibus ejus fungitur*, *l.* 3. *D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio.* Si tamen Princeps, mandata a Magiſtratu juriſdictione, mandatario aliquam deferat partem, in ea contra dicendum eſt. & exemplum in Legato Proconſulis qui tutelæ dationem habet ex Oratione D. Marci *l.* 1. §. 1. *D. de tutoribus datis ab his:* propriam ergo, quamquam exercendam demum, mandata a Proconſule juriſdictione: id enim Pomponius vult *l.* 13. *D. de officio Proconſulis & Legati*: cum ſcribit, *Legatum Proconſulis nihil proprium habere, niſi a Proconſule ei mandata erit juriſdictio.*

Superioribus eſt addendum, quod non omnes qui gerunt vicem Magiſtratus, utique alienam juriſdictionem adminiſtrant; ſed eſt in his diſtinctio quam obſervat Cledonius, vetus Grammaticus, inter Vicarios & Vices agentes: illi a Principe habent propriam juriſdictionem, quamquam agunt vices Præfecturæ, vel urbis, vel prætorii: iſti exercent juriſdictionem neque propriam, neque ex codicillis Principis; ſed alienam ex mandato tantum Præfecti, vel urbi, vel prætorio: neque Vicarii appellantur ſed Vices agentes. Verba Cledonii ſunt. *Sæpe quæſitum eſt, utrum Vicarius*

carius dici debeat etiam is, cui magnificentiſſimi Præfecti vices ſuas in ſpeciali cauſa mandaverunt. Nequaquam. Nam Vicarius dicitur is, qui ordine codicillorum vices agit ampliſſimæ Præfecturæ. Ille vero, cui vices mandantur propter abſentiam Præfectorum, non Vicarius, ſed Vices agens, nec Præfecturæ, ſed Præfectorum, dicitur tantum. Sic Cledonius: cui ſimilis eſt ſequens Caſſiodori locus *lib.* 9. *Var. Formula* 15. *Quæ eſt Vicarii urbis Romæ. Vices agentium mos eſt, ſic judicum voluntatibus obedire, ut ſuas non habeant dignitates. ſplendent mutuato lumine, nituntur viribus alienis, & quædam imago in illis videtur eſſe veritatis, qui proprii non habent jura fulgoris. Tu autem Vicarius diceris, & tua privilegia non relinquis: quando propria eſt juriſdictio, quæ datur a Principe. Habes enim cum Præfectis aliquam portionem, partes apud te ſub Prætoriana advocatione confligunt. Vice ſacra ſententiam dicis, & quod maximæ fidei ſignum eſt, in inſcriptionibus vita tibi committitur hominum, quod inter mortales conſtat eſſe pretioſum.* Sic Caſſiodorus. Imperatores quoque *l.* 1. *C. de officio Vicarii. Vicaria dignitas ipſo nomine ejus ſe trahere judicet portionem, & ſacræ cognitionis habeat poteſtatem, & judicationis noſtræ ſoleat repræſentare reverentiam.* Nempe, quia vice quidem Præfecti prætorio, ſed ex Mandatis Principis cognoſcit. *l.* 1. §. 4. *D. de legatis lib.* 3. Plane etſi neget Cledonius, Vices agentes dici Vicarios: tamen Vicarii Vices agentes appellantur in Inſcriptione *l.* 2. *C. Theod. de paganis:* in qua eſt. *Imp. Conſtantinus A. ad Madilianum agentem vicem P. F. P.* Sed & Inſcriptio *l.* 1. *C. Theod. de uſuris* habet, *Imp. Conſtantinus A. ad Dracilianum, agentem vices P. F. P.* id eſt, Vicarium Præfecti prætorio: quod optime vidit V. Cl. Jacobus Gothofredus ad eum locum. Sed in viam. Apparet, juriſdictionem a Magiſtratu mandari; cum ab eo alii committitur, qui eam mandantis nomine exerceat, inque ea ſaltem ipſius vice ac partibus fungatur. Dixi quid ſit, mandare juriſdictionem, & quæ ejus rei origo ſit.

Caput II.

Juriſdictionem vel univerſam mandari, vel ejus partem. parte mandata, quid juris? univerſa mandata, mandatum intelligi totum juris dicundi officium: quatenus tamen mandanti competit jure Magiſtratus ſui. quod ſi ei ſpecialiter lege defertur, non videri mandatum.

Dicam, quid poſſit mandari, & quid mandata juriſdictione ad mandatarium tranſeat. Solet juriſdictio mandari, vel univerſa, vel pro parte: ut Ulpianus refert *l.* 16. *D. de juriſdictione.* Et univerſæ mandatæ exemplum apud Livium *lib.* 24. *c.* 44. verba Livii. *Marcus Æmilius Prætor, cujus peregrina ſors erat, juriſdictionem Attilio collegæ Prætori urbano mandarat.* Pro parte mandatæ juriſdictionis meminit Cicero *epiſt.* 1. *Ad Q. Fratrem,* in verbis quæ ſubjeci. *Sed parvi refert abs te ipſo jus dici æqualiter, niſi idem ab iis fiet, quibus tu ejus muneris partem aliquam conceſſeris.* Sic Cicero: addo, Ulpianus *l.* 17. *D. de juriſdictione*; ponens exemplum in Prætore qui habuerat juſtam cauſam ſuſceptæ ante Magiſtratum advocationis.

Sed certum eſt, poſſe & totam juriſdictionem mandari, & partem ejus. non æque certum eſt, quid aut tota juriſdictione aut ejus parte mandata, præcipue mandatum videatur. Puto autem, id intelligi partim ex mandati formula, partim ex juriſdictionis genere: nam, ſi quæ pars mandetur, ea pars tranſibit *d. l.* 16. & 17. utique ſi mandanti competat jure Magiſtratus ſui: tum enim recte mandatur. quod ſi ejus eſt, non jure Magiſtratus ſui, ſed ſpeciali Legis conceſſione, mandari non poteſt *l.* 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio.* Ita, ſi pars mandetur.

At ſi omnis, aut univerſa, aut generalis, juriſdictio, aut etiam juriſdictio ſimpliciter atque indefinite, mandetur; totum transferetur juris dicundi officium, ut Ulpianus loquitur *l.* 1. §. 4. *D. de ſuſpectis tutoribus.* Paulus Notis ad Papinianum ait, *Et imperium, quod juriſdictioni cohæret, mandata juriſdictione tranſire l.* 1. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio:* ſignificans, mixtum imperium, hoc eſt, imperium cui juriſdictio ineſt, (ſic enim Ulpiano vocatur *l.* 3. *D. de juriſdictione*) ad mandatarium tranſire. Idem dicendum de his Pauli verbis *l. ult.* §. 1. *D. eod. tit. Mandata juriſdictione privato, etiam imperium, quod non eſt merum, videtur mandari: quia juriſdictio ſine modica coërcitione nulla eſt.* Deſumpta enim ſunt hæc verba ex Pauli lib. 18. Ad Plautium; poſſuntque videri pertinere ad expoſitionem quorumdam verborum Plautii: quibus quærebatur, an mandata juriſdictione privato, etiam coërcitio ad mandatarium tranſiret: neque adeo aliud velle, quam privatum, cum ei mandata eſt juriſdictio, eo verbo non accipere nudam cognitionem, aut pronuntiationem; ſed totam juriſdictionem quam habuit mandator: id eſt, ut Paulus ait, etiam imperium quod non eſt merum; & ideo coërcitionem quoque: quia juriſdictio ſine modica coërcitione nulla eſt: id eſt, nullius momenti eſt. id enim indigitat ea locutio: pariter ut in *l.* 16. §. 1. *D. de minoribus,* juncta *l.* 3. §. 3. *D. Pro ſocio.* Sic conjicio,

ac proinde ex illo Fragmento non colligi hoc quod multi cenſent, mixtum imperium coërcitione abſolvi: (id enim refellitur his quæ dixi *lib.* 1. *c.* 2. 3. *&* 5.) ſed coërcitionem eſſe partem ſive imperii, ſive juriſdictionis; & ideo, mandata juriſdictione, etiam coërcitionem mandatam intelligi.

Atque ita eſt; cum univerſa juriſdictio mandatur, tranſit totum juris dicundi officium; id eſt, & exequutio, & ſuſpecti tutoris cognitio, & datio bonorum poſſeſſionis, & in poſſeſſionem miſſio ex damni infecti, ſimilibuſque cauſis *l.* 4. *pr. &* §. 1. *D. de offic. ejus cui mand. eſt juriſd.* & in integrum reſtitutio *l. ult. C. Ubi & apud quem in integr. reſtit.* & alia quæ contemplatione quidem municipalium Magiſtratuum magis imperii, quam juriſdictionis, reſpectu vero Prætoris aut ſimilis Magiſtratus quam imperii, tam juriſdictionis, appellantur. Neque obſtat Paulus *l.* 105. *D. de regulis juris*; ſic ſcribens, *Ubicunque cauſæ cognitio eſt, ibi Prætor deſideratur.* Nam Inſcriptio quæ habet *Paulus lib.* 1. *Ad Edictum*, evincit, eum non Prætorem opponere mandatariis, qui gerunt mandantis vicem, & ejus tribunali utuntur, eoque ſub Prætoris, aut Præſidis, aut Magiſtratus, appellatione comprehenduntur *l.* 13. *D. de juriſdictione*, *&* *l.* 1. §. XI. *D. Ad Senatuſconſultum Turpilianum:* ſed Prætorem opponere municipalibus Magiſtratibus, quibus neque tribunal eſt, neque cauſæ competunt quæ pro tribunali cognoſcuntur. Et exemplum Pauli elegans in cauſa damni infecti: in qua Prætor Magiſtratibus municipalibus cautionem & poſſeſſionem, propter periculum dilationis, perpetuo Edicto delegavit: ut tamen, ſi duretur non caveri, cætera ſibi reſervaverit: quod Ulpianus indicat libro Ad Edictum primo *l.* 1. *& l.* 4. §. 3. *D. de damno infecto*, neque Paulus negat eodem ad Edictum libro *l.* 5. *D. eod. tit.* Quæſo, cur ita? quia in cæteris cauſæ cognitio deſideratur. hanc rationem adfert Ulpianus *d. l.* 4. §. 4. ubicumque autem cauſæ cognitio vertitur, ibi (ut Paulus ait *d. l.* 105.) Prætor quidem deſideratur: ſed Magiſtratus municipalis non ſufficit *d. l.* 4. §. 4. ut jam oſtendi *lib.* 1. *cap.* 3.

Igitur univerſa, aut omni, juriſdictione mandata, univerſa quæ juriſdictionis ſunt, mandata exiſtimantur: maxime ubi Magiſtratui competunt jure Magiſtratus ſui: nam ſi quæ ſpecialiter Lege aut Conſtitutione ei deferuntur, in his aliud dicendum eſt *l.* 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio.* Et argumentum huic definitioni, mandatæ origo juriſdictionis: quæ, cum moribus conſtet, oſtendit, mandatam juriſdictionem complecti quidem illa quæ juriſdictio moribus indigitat; ſed non ea quæ, ſi mores ſpectes, ſub juriſdictionem non cadunt: id vero uſu venit in his quæ Magiſtratui Lege nominatim deferuntur: abſque enim hac eſſet, non pertinerent ad juriſdictionem: cum vero Lege accedunt ad juriſdictionem, ſaltem extrinſecus accedunt; juriſdictionis autem moribus non ſunt. at quid mirum, id quod moribus incognitum eſt, haberi præter notos mandati fines qui moribus terminantur? Atque id Papinianus indigitat *l.* 1. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt jurisdictio:* cujus verba, niſi grave erit, paucis exponam. Ait Papinianus: *Is qui mandatam jurisdictionem ſuſcepit, nihil proprium habet:* id eſt, nihil habet, quod ſive lex, ſive mos, illi proprium det per conſequentiam mandatæ jurisdictionis. Ait, *Sed tantum ejus, qui mandavit, jurisdictione utitur:* id eſt tantum mandantis nomine & vice exercet jurisdictionem quæ mandanti jure Magiſtratus competit. Ait, *Verius eſt enim, jurisdictionem more majorum quidem transferri, ſed merum imperium, quod lege datur, non poſſe tranſire:* hoc eſt, verius eſt, mandatam jurisdictionem regi majorum more: & ideo ſaltem recipi ea in ſpecie quæ Magiſtratui ſive more majorum, ſive jure Magiſtratus, competit: non etiam, verbi cauſa, in mero imperio quod ei Lege datur, & hac extrinſecus ad juriſdictionem accedit; ſine Lege autem ſub nomine & vi imperii ac jurisdictionis non continetur. Sequitur, *Quare nemo dicit, animadverſionem Legatum Proconſulis habere mandata juriſdictione.* ſenſus: Quare nemo exiſtimat, mandata juriſdictione, etiam merum imperium, ſeu majorem animadverſionem, (ſic enim Venulejo appellatur *l.* 11. *D. de officio Proconſulis & Legati*) ad Legatum Proconſulis tranſire: nam etſi jurisdictionis verbum late patet, continetque imperium, non tantum mixtum, ſed & merum; tamen, cum quæritur de mandata Legato juriſdictione, majorum more inhibetur, & ad eam reſtringitur. quæ jure Magiſtratus competit. Sic Papinianus: cui mox in Notis ſubjicit Paulus. *Et imperium, quod juriſdictioni cohæret, mandata juriſdictione tranſire, verius eſt.* ſenſus Pauli, Animadverſionem quam Papinianus Legato, mandata juriſdictione, negat, tantum eſſe accipiendam de mero imperio, quod per excellentiam animadverſio dicitur, & Venulejo *d. l.* 11. addito vocabulo, major animadverſio appellatur: nam alioquin etiam mixtum imperium, id eſt, hoc quod juriſdictioni ſive cohæret ſive ineſt, animadverſionis nomine contineri *l.* 15. §. 28. *D. de injuriis:* & tamen imperium quod jurisdictioni cohæret, id eſt, quòd alioquin juriſdictio ſive mixtum imperium vocatur, mandata juriſdictione tranſire. Igitur ut mandati vis intelligatur, debet & mandati tenor inſpici, & juriſdictionis poteſtatiſve genus: denique, mandata juriſdictione, ſive ſimpliciter, ſive omni, ſive generali, ad mandatarium quidem tranſit tôtum juris dicundi officium quod more majorum intra juriſdictionem conſiſtit: ſed non hoc quoque quod Magiſtratui competit magis ſpeciali lege, quam moribus propter vim imperii.

CAPUT

Caput III.

Quid ſit ſpecialiter aut nominatim delegari.

Sequitur, ut exponam, quid ſit *ſpecialiter*, & *nominatim*, quid *jure magiſtratus* aut *jure ſuo*, deferri. Verbum *ſpecialiter* opponitur verbo *generaliter*. Generale autem pro omni, ſive univerſo accipitur: ſpeciale vero rem ſingularem indigitat: itaque ſpecialis actio, & actio ſingularum rerum petitionis, pro iiſdem ſunt. *l. 73. & l. 1. pr. & §. 1. D. de rei vindicatione.* Porro quia res ſingulæ aut nomine ſuo, aut certa demonſtratione, intelliguntur: eo factum; ut, quæ altero deſignantur modo, eæ nominatim & ſpecialiter deſignari dicantur *l. 17. & l. 24. D. de manumiſſis teſtamento:* item ſicut ſpecialiter & generaliter opponuntur, ſic nominatim & generaliter opponantur *l. 32. D. de Ædilitio edicto. l. 2. C. de pignoribus.* Jam, quia illa *ſpecialiter* ſeu *nominatim* & *jure magiſtratus* committuntur: apparet, iſta *generaliter* & *jure magiſtratus* deferri, item hæc *ſpecialiter* & *nominatim* lege indulgeri, tantum non idem deſignare. Proinde placet, ſi quæ ſint Magiſtratui data, non ſpecialiter ſeu nominatim, id eſt, non ſeparatim ab univerſa juriſdictione; hæc illi ſive more majorum, ſive jure Magiſtratus, ſive jure ſuo, competere: quippe cum conſtet, eum conſtitutum eſſe ad hoc, ut jus dicat: at ſi quæ ei data ſint ſeparatim ab univerſa juriſdictione; hæc ei & ſpecialiter & nominatim data intelligi. Illud addam, nihil referre, utrum perſona cui hæc dentur, ſuo nomine exprimatur, an Magiſtratus deſignetur certus. ut enim nominatim data intelligatur juriſdictio; ſufficit, eam ſeparatim a generali juriſdictione delegari, etſi non nominatim L. Titio, verbi gratia, tamen nominatim Prætori, vel Præſidi, vel ſimili Magiſtratui: ut in *l. 8. pr. & §. 18. D. de tranſactionibus. l. 1. D. de rebus eorum qui ſub tutela. l. 1. in fine pr. D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio. l. 1. D. de tutoribus & curatoribus datis ab his.* Plus dicam, ſufficere, ſi cui Magiſtratui primum nominatim ſit permiſſa juriſdictio, & in ejus ſucceſſore, aut alio, dein ſub appellatione plenæ legis actionis, aut pleniſſimæ juriſdictionis, ſimiliterve repetita. nam etſi in Magiſtratu ita jus ſit: ut, ſi totam, plenam, aut pleniſſimam, juriſdictionem, legiſve actionem, alii mandet, non plus mandare intelligatur, quam ſi deleget eam quæ ei jure ſuo competit: eſt tamen in Principe aut Lege aliud dicendum. intereſt enim, quod Magiſtratus, quamvis generali & lato utatur ſermone, tamen non poteſt juriſdictionis atque imperii ſui naturam informare: Principis autem voluntas ad deferendam juriſdictionem ſufficit, verborumque amplitudine ac delationis forma ſimul & intelligitur, & extenditur. Proinde ſi cui plena legis actio aut juriſdictio, exemplo alicujus Magiſtratus, Lege aut Conſtitutione deferatur: dubium non eſt, quin ei concedi videantur non modo illa quæ eidem Magiſtratui competunt jure Magiſtratus ſui, ſed & adoptio, & emancipatio, & manumiſſio, & tutelæ datio, & ſimilia, quæ ei ſpeciali Legis beneficio delegantur: ut liquet ex *l. 2. C. de officio ejus qui vicem alicujus Judicis vel Præſidis obtinet.* Eodemque pertinet, quod Ulpianus ſcribit *l. 7. §. 2. l. 8. & 9. D. de officio Proconſulis*, Proconſulem in provincia pleniſſimam juriſdictionem habere; & addit, ideo partes omnium, qui Romæ vel quaſi Magiſtratus, vel extra ordinem, jus dicunt, ad ipſum pertinere; & ideo majus imperium in provincia habere omnibus poſt Principem; nec quidquam eſſe in provincia, quod non per ipſum expediatur, præter fiſcales pecuniarias cauſas quibus Procurator Principis conſtitutus eſt. Idem jus eſt in equeſtribus qui Ægypto præſident: apud quos Tacitus infit *lib. 12. Annal. c. 60.* Divum Auguſtum lege agi, decretaque eorum perinde haberi juſſiſſe, ac ſi Magiſtratus Romani conſtituiſſent. Sed & Modeſtinus ſic refert *l. 21. D. de manumiſſis vindicta. Apud Præfectum Ægypti poſſum ſervum manumittere ex conſtitutione Auguſti.* Et Ulpianus *l. 1. D. de officio Juridici, Adoptare quis apud Juridicum poteſt, quia data eſt ei legis actio.* Igitur ut juriſdictionis natura & genus intelligatur, fere ab origine ejus impetrandum putem, parteſque ejus ſingulas apud eum cui datæ ſunt ſub lata & generali formula, eodem fore jure quo initio fuere: denique, Proconſulem, quamvis ei Lege data ſit juriſdictio, tamen quia data illi eſt exemplo Prætoris cui ea competit propter vim imperii; ideo juriſdictionem Prætoris exemplo mandaturum; & hac mandata, Judicis dationem ab eo tranſituram ad mandatarium *l. 12. §. 1. D. de judiciis.* E diverſo ea quæ ſolent aut certis perſonis, aut in certis cauſis, delegari, etſi in aſſiduam juriſdictionem convertantur, aut Magiſtratui cum cætera juriſdictione deferantur, tamen vetere forma deferri, neque ex ea aliud exuere, quam ut videatur Princeps ea ſub Magiſtratus plenæve juriſdictionis conceſſione eſſe complexus; quamvis initio contra fuerit, ipſaque in ſingulis cauſis nominatim dari conſueverint.

CAPUT IV.

An potuerit merum imperium mandari palam? Ad Papinianum l. 1. D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio. Extraordinarium mandatum quid ſit apud Ulpianum l. 6. D. de officio Proconſulis & Legati?

Venio nunc ad explicationem paucorum exemplorum in quibus quæri video, an juriſdictio a Magiſtratu alteri mandari poſſit: ſumam autem initium a mero imperio: de quo ita Papinianus *l. 1. D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio.*

Quæcunque ſpecialiter Lege, vel Senatusconſulto, vel Conſtitutione Principum tribuuntur, mandata jurisdictione non transferuntur: quæ vero jure magiſtratus competunt, mandari poſſunt. Et ideo videntur errare Magiſtratus, qui cum publici judicii habeant exercitionem Lege, vel Senatusconſulto delegatam, veluti Legis Juliæ de adulteriis, & ſi quæ ſunt aliæ ſimiles, jurisdictionem ſuam mandant. Hujus rei fortiſſimum argumentum, quod Lege Julia de vi nominatim cavetur, ut is cui obtigerit exercitio, poſſit eam, ſi proficiſcatur, mandare. non aliter itaque mandare poterit, quam ſi abeſſe cœperit, cum alias jurisdictio etiam a præſente mandetur. Et ſi a familia dominus occiſus eſſe dicetur, cognitionem Prætor, quam ex Senatusconſulto habet, mandare non poterit.

Ait Papinianus, *Quæcumque.* quod generale verbum pertinet ad omnia quæ ſpecialiter delegantur, ſive ſint meri imperii, ſive mixti: velut cognitio de alienandis pupilli prædiis quæ Prætori data eſt Oratione Divi Severi *l. 1. D. de rebus eorum qui ſub tutela*; & transactio de alimentis teſtamento relictis quæ Prætori delegata eſt Oratione Divi Marci *l. 8. D. de tranſactionibus*: quarum proinde neque hæc, neque illa, alii ab eo mandari poteſt *d. l. 8. §. 18. & l. 2. §. 1. D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio.* Deinde ait, *Mandata juriſdictione non transferuntur.* Id ſic accipe, neque palam mandata tranſeunt, neque per conſequentiam mandatæ juriſdictionis transferuntur. Pergit Papinianus. *Et ideo videntur errare Magiſtratus, qui &c.* Oſtendit, merum imperium eſſe ſpecialis conceſſionis. quod veriſſimum eſt: etſi initio apud Reges, etiam poſt hos exactos, apud Conſules qui tum juridicundo præerant, fuerit propter vim imperii: nam mox Valeria aliiſque inſequutis Legibus ſeparatum fuit a Conſulum juriſdictione; cœpitque inde in cauſis ſingulis Populi juſſu delegari certis perſonis; Populi vero injuſſu Conſulis aut alterius Magiſtratus propter vim imperii nullum eſſe. Ita ante perpetuas quæſtiones: ut Pomponius probat *l. 2. §. 16. & 23. D. de origine juris.* Idem poſt eas: quum præſertim his ordo certus, etiam Quæſitor certus, ipſis ſit poſitus Legibus quibus conſtitutæ ſunt, auctore Quintiliano, *Declam. 338. parte altera:* qui ſic ſcribit. *Habent ea* (publica judicia) *ſuam formam, ſuum judicium, ſuum numerum, Quæſitorem ſuum, ſua tempora, ſua nomina.* Sic Quintilianus. Sed & Papinianus: verba Papiniani. *Hujus rei argumentum fortiſſimum eſt, quod lege Julia de vi nominatim cavetur, ut is cui obtigerit exercitio, poſſit eam, ſi proficiſcatur, mandare.* Papinianus petit argumentum ab ordine judicii publici, idque argumentum dicit fortiſſimum: quia eſt a contrario ſenſu in clara & certa voluntate Legis: quæ Quæſitori tum, ſi proficiſcatur, permittit merum imperium mandare: ſed ſi præſens ſit, & non proficiſcatur, idem mandare non patitur: tantum quia ſilet iſto in caſu; &, ut Seneca ait, *De beneficiis lib. 5. c. 21.* non permittendo vetat. Hæc Papiniani ſententia.

Quam, neſcio, an exprimat Ulpianus, & firmet his verbis. *Solet etiam cuſtodiarum cognitionem mandare Legatis, ſcilicet ut præauditas cuſtodias ad ſe remittant, ut innocentem ipſe liberet. ſed hoc genus mandati extraordinarium eſt: nec enim poteſt quis gladii poteſtatem ſibi datam, vel cujus alterius coërcitionis ad alium transferre. &c. l. 6. D. de officio Proconſulis.* Quæſtio eſt, an Proconſul poſſit cuſtodiarum cognitionem Legatis mandare: non quidem hactenus, ut eas vel condemnent, vel abſolvant; ſed ſaltem, ut eas audiant, & præauditas ad ſe remittant, quo innocentem ipſe liberet. Et ait Ulpianus, ita ſolitum Proconſulem; ſed regulam Juris adverſari: nam cognitionem æque facere partem meri imperii, ac decretum & executionem. proinde ſi ad naturam meri imperii reſpiciatur, Proconſulem Legato non magis poſſe cuſtodiarum cognitionem mandare, quam decretum aut executionem. verum, inquit, id mandati genus extraordinarium eſt, id eſt, non civili jure, neque legum ordine, receptum eſt, ſed adverſus ea ſingulari jure: nam ſi ad jus civile & legum ordinem attenditur; non poteſt quis ſibi datam poteſtatem gladii vel alterius coërcitionis ad alium transferre: & tamen, ſi Proconſul Legato mandet cuſtodiarum cognitionem ita, ut præauditas ad ſe remittat; placuit ſingulari ratione contra legum ordinem, valere mandatum. Hic ſenſus horum verborum, *Hoc genus mandati extraordinarium eſt*, monſtrante Marciano *l. 7. D. de lege Cornelia de falſis*, cum inquit, *Nullo modo ſervi cum dominis ſuis conſiſtere poſſunt, cum ne quidem jure civili, neque jure prætorio, neque extra ordinem computantur. Extra ordinem* dicit pro eo jure quod contra rationem juris civilis aut prætorii obſervatur. Idem in *l. 114. §. 8. D. de legatis lib. 1.* qui locus in Accurſii editione

tione exhibetur ita. *Secundum vulgatam formam juris, ſi quis liberos ſuos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere.* Ait, *Secundum vulgatam formam juris*, pro ſecundum vulgarem juris regulam: cui opponitur *extra ordinem* apud Ulpianum *l. 92. D. de conditionibus & demonſtrationibus*; cum, *Arbitror*, inquit, *extra ordinem debere conſtitui, eum, qui adgnovit id, quod ſibi relictum eſt hac contemplatione, ut liberos emanciparet, cogendum emancipare.* E in *l. 1. §. 5. D. de ſeparationibus. Quæſitum eſt an interdum etiam heredis creditores poſſint ſeparationem impetrare, ſi forte ille in fraudem ipſorum adierit hæreditatem? Sed nullum remedium eſt proditum: ſibi enim imputent qui cum tali contraxerunt: niſi ſi extra ordinem putamus Prætorem adverſus calliditatem ejus ſubvenire, qui talem fraudem commentus eſt.*

Caput V.

Merum imperium mandari potuiſſe ex permiſſu legis; ſed non alii, quam cui voluit Lex publici judicii, aut Princeps. Judex quæſtionis qualis fuerit, quæque ejus partes?

Ex his apparet, merum imperium eſſe ſpecialis conceſſionis; & ob id ultra mandati fines conſiſtere: præterquam, ſi Quæſitori Lege permittitur mandare: tum enim valet mandatum: ſed dumtaxat illa in ſpecie in qua nominatim indulgetur: uti præter Ulpianum in *d. l. 6.* Papinianus indicat *l. 1. D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio*; cum inſit, *Non aliter itaque mandare poterit, quam ſi abeſſe cœperit, cum alias juriſdictio etiam a præſente mandetur.* Plus dicam: ne tum poteſt quidem merum imperium mandari cuilibet, cui Quæſitori videtur: (quamquam ita obtinet in partibus mixti imperii quæ Prætori jure Magiſtratus ſui competunt) ſed illi cui mandari voluit Lex publici judicii, aut Principis Conſtitutio.

Primum videndum de Lege publici judicii. Ea Lex Quæſitori ſæpe addidit Judicem quæſtionis qui ejus vice & partibus fungeretur: idque inde apparet, quod is Judex etiam Quæſitor appellatur: ut C. Junius, apud Ciceronem *Pro Cluentio*, & apud Aſconium *Ad proœmium actionis in Verrem p. 55.* Junium ſane Judicem quæſtionis fuiſſe, non Prætorem, vel ex eo intelligitur: quod Cicero *Pro Cluentio* eum non Prætorium aut Prætorem, ſed Ædilitium & hominum opinionibus Prætorem jam conſtitutum, id eſt, futurum Prætorem, appellat: fiebantque Judices quæſtionis plerumque poſt Ædilitatem, ſed ante Præturam: ut oſtendit Cicero, *Bruto c. 76. pag. 166.* Verba: *Erat etiam vir doctus in primis C. Viſellius Varro, conſobrinus meus qui fuit cum Sicinio ætate conjunctus. is cum poſt curulem Ædilitatem Judex quæſtionis eſſet.* Etiam ſequens Inſcriptio apud Gruterum *pag. 360.*

P. AQVIVS. SCAEVAE. ET FLAVIAE
FILIVS
CONSI. ET DIDIAE
NEPOS
BARBI. ET DVRICIAE
PRONEPOS
SCAVRA
QVAESTOR. DECEMVIRATIVM
LITIVM. IVDICANDARVM
TRIB. PLEB. AEDIL. CVRVL
IVDEX. QVAESTIONIS. PRAETOR.
AERARI
PROCONSVLE. PROVINCIAM
CYPRUM. OBTINVIT

E diverſo datur & Quæſitori, ſive Prætori, Judicis nomen apud Virgilium *lib. 6. Æneidos*, & Quintilianum *lib. 7. Inſt. orat. c. 3.* Idem Arbiter dicitur apud Senecam *Hercule furente*, verbis iſtis.

Amph. —— *Verane eſt fama, inferis*
Tam ſera reddi jura, & oblitos ſui
Sceleris nocentes debitas pœnas dare?
Quis iſte veri rector, atque æqui arbiter?
Thes. *Non unus alta ſede Quæſitor ſedens,*
Judicia trepidis ſortitur reis.

His adde, quod ut Prætor, ſic Judex quæſtionis, publico judicio præeſſe, & ex Lege quærere, dicitur. Hoc ſenſu Ulpianus *l. 1. pr. D. Ad legem Corneliam de ſicariis* inſit, *Quive cum Magiſtratus eſſet, publicove judicio præeſſet:* id eſt, ut dicitur in §. 1. ejuſdem loci, *Quive cum Magiſtratus, Judexve quæſtionis.* Idem probant verba Legis Corneliæ apud Pariatorem *Legum Moſaicarum & Romanarum Tit. 1.* Ea verba ſunt. *Ut is Prætor, Judexve quæſtionis, cui ſorte obvenerit quæſtio de ſicariis, ejus, quod in urbe Roma propius mille paſſus factum ſit, uti quærat cum Judicibus, qui ex lege ſorte obvenerint.* Igitur ut Prætor, ſic Judex quæſtionis, ex Lege quærit, & quæſtioni præeſt: id eſt, quæſtionem exercet; ut Suetonius in *Julio c. XI.* loquitur de Cæſare, cum eſſet adhuc Ædilitius, & nondum Prætor, ſed Judex quæſtionis de ſicariis cognoſceret. Præterea ut in Prætoris, ſic in ejuſdem Judicis, poteſtate fuit, uti Lege reus fieret, auctore Ulpiano *l. 1. §. 1. D. Ad legem Corneliam de ſicariis.* addo, Suetonio *d. c. XI.* qui teſtatur, Cæſarem in exercenda de ſicariis quæſtione, id eſt, ut dixi, cum eſſet quæſtionis Judex Prætori cui ſorte obtigerat quæſtio de ſicariis, in exercenda ea etiam eos ſicariorum numero habuiſſe qui proſcriptione, ob relata civium Romanorum capita, pecunias ex ærario acceperant, quamquam exceptos

tos Corneliis Legibus. Jam ut Prætor, ſic Judex quæſtionis, præfuit Judicum ſortitionibus & ſubſortitionibus. De Prætore certe Aſconius, *Procem. act. in Verr. p.* 47. item Seneca *d. loc.* Sed & apud Virgilium

Quæſitor Minos urnam movet. – –

Ad Judicem vero quæſtionis ſpectat illud Aſconii in *Orat. Ciceron. de prætur. urb. p.* 109. *Quintus Curtius judex quæſtionis ſubſortiebatur in locum rejectorum improbos judices.* Poſtremo Prætor cum his Judicibus qui ei ſorte obtigerant, pro tribunali ſedens cognoſcebat, & interloquebatur, & tandem decernebat: ut pluribus probavi *lib.* 1. *cap.* 4. Idem in utroque, id eſt, & Prætore, & Judice quæſtionis, conjunctim evincit formula Legis Corneliæ de ſicariis, cujus hæc verba ſtatim poſui. *Ut is Prætor, Judexve quæſtionis, cui ſorte obvenerit quæſtio de ſicariis, quærat cum his judicibus, qui ex lege ſorte obvenerint.* Quid ergo? apparet, quæ Quæſitoris partes fuere, eas Judicis quæſtionis fuiſſe, & contra; denique hunc Judicem non alium fuiſſe, quam mandatarium meri imperii; eumque adeo vices Prætoris, vel abſentis, vel aliter, ex Legis permiſſu ſuſtinuiſſe: eumdem porro, ſi conferretur cum his qui aut Quæſitori, aut ipſi, in Conſilio aderant, Magiſtratus & Quæſitoris appellatione veniſſe: ſi vero cum Quæſitore compararetur, magis diſtinctum & a Quæſitoris & a Magiſtratus appellatione fuiſſe *d. l.* 1. *pr. &* §. 1. *D. d. t.* Proinde conſequens eſſe, ut verbis iſtis *l.* 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio,* (*Quod lege Julia de vi nominatim cavetur, ut is cui obtigerit exercitio, poſſit eam, ſi proficiſcatur, mandare*) non recte inferri videatur, quaſi ſpeciale ſit ea in Lege, quod merum imperium mandari poteſt; ut multi exiſtimant: ſed quaſi ſolus abſentiæ caſus, non etiam alii ea in Lege excipiantur. Sed mihi certum eſt, cum Lex publici judicii Quæſitori addit Judicem quæſtionis, tum eam meri imperii mandationem permittere: ſolitum vero hunc Judicem Quæſitori addi in compluribus Legibus, docet Ulpianus *l.* 1. *pr. &* §. 1. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis:* idemque de Lege Cornelia atteſtatur *Collatione Legum Moſaicarum & Romanarum Tit.* 1. Tamen quibus caſibus, quibuſque Legibus, Quæſitori additus ſit is Judex, hodie dici nequit, propter injuriam temporum, quibus conſumpta ſunt pleraque Veterum monumenta.

CAPUT VI.

Vicarium urbis Romæ ex Codicillis Principis merum imperium exercuiſſe, mandante Præfecto urbis: cognoviſſe & cum Præfecto. An Præfectus urbis potuerit merum imperium mandare alii, quam Vicario? & quid, ſi non eſſet Vicarius, atque ipſe morbo diuturno impediretur?

Satis dixi de Lege publici judicii. tranſeo ad Principis Conſtitutionem: qua Præfecto urbis, qui ex Principis conceſſione merum imperium exercuit intra urbem & centeſimum ab ea lapidem *l.* 1. *pr. &* §. 4. *D. de officio Præfecti urbi,* additus fuit Vicarius urbis: ut pulchre Caſſiodorus docet loco quem appoſui *capite.* 1. *bujus libri.* Ad quid? ut id exerceret, abſente, vel mandante Præfecto urbis. Nec tamen ignoro, etiam cum Præfecto cognoviſſe. verum tum Præfecti imperium fuit, Vicarius autem pro privato habitus, auctore Ambroſio, *Comment. in epiſt. Pauli ad Coloſſenſ. c.* 2. ſic loquente: *Numquid aliquis vicem domini agens ipſo præſente dominatur? Si Præfectorum Vicarii præſentibus eis privati ſunt, quanto magis ſervi præſente domino etiam ipſi in obſequio debent videri?* Igitur Vicarius urbis in cauſis meri imperii cognovit abſente Præfecto urbi, aut certe eo mandante, etiam cum eo: alterum enim ex Ammiano Marcellino intelligitur, alterum ex Ambroſio. E re erit, utriuſque verba apponere. Verba Ammiani ex *lib.* 28. *cap.* 1. *Poſt banc geſtorum ſeriem Hymetius ad oppidum ductus Ocriculum, audiendus ab Ampelio urbi Præfecto & Maximino Vicario, confeſtimque perdendus, ut apparebat, data ſibi copia rectius Imperatoris præſidium appellavit.* Hæc Ammiani: Ambroſii illa ſunt *ex Sermone* 90. *de paſſione beatæ Agnetis virginis. Præfectus* (urbis, Symphronius) *videns tanta mirabilia obſtupuit. Sed veritus proſcriptionem, ſi contra templorum Pontifices ageret, & Agnem contra ſuam ſententiam defenſaret, Vicarium ad ſeditionem populi judicem dereliquit, ipſe autem triſtis abſceſſit, quod eam non potuit poſt reſurrectionem filii ſui liberare. Tunc Vicarius Aſpaſius nomine juſſit in conſpectu omnium ignem copioſum accendi, & in mediam eam præcepit jactari flammam.* Et poſt. *Tunc Aſpaſius urbis Romæ Vicarius populi ſeditionem non ferens in guttur ejus gladium mergi præcepit.*

Igitur cum delegandum a Præfecto urbis fuit merum imperium, Princeps illi Vicarium urbis demonſtravit; alii vero hoc mandari non permiſit: argumentumque ei rei, quod Caſſiodorus *d. loc.* cum diſtinguit Vicarium a Vices agentibus; dicit, inter alia hoc eſſe in Vicario præcipuum, quod ei in inſcriptionibus hominum vita committitur, cum Vices agentibus ea non committatur. Hoc, ſi Vicarius eſſet Præfecto urbis. Quid, ſi ei nullus eſſet? non potuit Præfectus alii mandare merum imperium; non modo ſi integra uteretur va-

valetudine; ſed ne ſi morbo quidem, quamvis diuturno, impediretur. Quid ergo? debuit a Principe peti Vicarius, aut certe qui cognoſceret pro Præfecto. idque interdum factum fuiſſe ab accuſatore per libellum, intelligi, mi fallor, poteſt ex eo, quod Ammianus narrat *d. cap.* 1. *lib.* 28. Chilonem ex Vicario & conjugem Maximam queſtos apud Olybrium urbis Præfectum, vitam ſuam venenis petitam eſſe, atque impetraſſe, ut hi quos ſuſpectati eſſent, illico compingerentur in vincula: ſed negotio tepeſcente ob diuturnum morbum quo tenebatur Olybrius, eos libello petiviſſe oblato, ut ea cognitio Maximino, Præfecto annonæ, mandaretur, idque ſtudio celeritatis conceſſum eſſe a Principe. Verba Ammiani, ſi quis deſideret, appoſui: ea ſunt. *Chilo ex Vicario & conjux ejus Maxima nomine, queſti apud Olybrium ea tempeſtate urbi Præfectum, vitamque ſuam venenis petitam aſſeverantes, impetrarunt, ut hi quos ſuſpectati ſunt, illico rapti compingerentur in vincula, organarius Sericus, & Asbolius palæſtrita, & haruſpex Campenſis. Verum negotio tepeſcente ob diuturnam morborum aſperitatem, qua tenebatur Olybrius: morarum impatientes hi qui rem detulerunt, libello petiverunt oblato, ut examinandum jurgium Præfecto mandaretur annonæ: idque ſtudio celeritutis conceſſum eſt.* A quo? a Principe; ut dixi, & liquet ex ſequentibus Ammiani verbis: quibus narratur, Maximinum pro Præfectis agere diſpoſitum, (hoc eſt, Vicarium factum: id enim Ammiano vult ea locutio *pro Præfectis agere)* ac literas, id eſt, codicillos a Principe accepiſſe. Idem præterea liquet ex Hieronymi loco quem Valeſius allegat, Notis ad Ammianum. Expoſui rationem poteſtatis Præfecti urbis, etiam Vicarii ejus, cum eſſet quæſtio de mero imperio ejuſque mandato: a quo ſeparatæ erant cauſæ mixti imperii; utique quæ Præfecto urbis competebant jure Magiſtratus ſui: nam eas mandare poterat non modo Vicario urbis, ſed etiam aliis: deque iis accipio Cledonium, veterem Grammaticum, loco quem attuli *capite* 1. *hujus libri:* ad eaſdemque neſcio, an alludat quoque Ammianus Marcellinus *d. cap.* 1. *lib.* 28. cum ſic inquit. *Quod Aginatius indigniſſime ferens dolenſque in examinandis cauſis Maximinum ab Olybrio ſibi prælatum, cum eſſet ipſe Vicarius Romæ.* Niſi malis hoc accipere de ordine rogandæ ac dicendæ ſententiæ in Conſilio Olybrii Præfecti urbis, in quo uterque forte aſſedit. Illud omittendum non eſt, quod & repperi, cognitionem a Principe delatam eſſe interdum vel Præfecto urbi, vel Vicario, prout alter proximus eſſet: & exemplum in *l.* 36. *Cod. Theod. de appellationibus lib.* XI. *tit.* 30.

Caput VII.

An adoptio, emancipatio, & manumiſſio, mandari potuerint? Paulus l. 17. §. 1. D. de manumiſſis vindicta ex conjectura emendatus.

Non tantum merum imperium, ſed & adoptionem, & emancipationem, & manumiſſionem, eſſe ex eorum numero, quæ Magiſtratui, ſive urbano, ſive provinciali, non tam jure ſuo, quam ſpeciali conceſſione, competunt, indicio mihi eſt §. 4. *Inſt. Quibus ex cauſis manumittere non licet*, *l.* 21. *D. de manumiſſis vindicta*, *l.* 1. *D. de officio Juridici*, *l.* 2. *C. de officio ejus qui vicem alicujus Judicis.* Nec igitur mirum, eas apud Proconſulis Legatum exerceri nullas: quia neque mandari poſſunt, neque Legato nominatim lege datæ ſunt: ut Marcianus & Ulpianus atteſtantur *l.* 2. §. 1. & *l.* 3. *D. de officio Proconſulis & Legati*; cum ajunt, *Apud Legatum Proconſulis neminem manumittere poſſe, quia non habet juriſdictionem talem: nec adoptare poſſe: omnino enim non eſſe apud eum legis actionem.*

Scio, e diverſo adſerri hæc Pauli verba e *l.* 17. *pr.* & §. 1. *D. de manumiſſis vindicta.*

Apud Proconſulem, poſtquam urbem egreſſus eſt, vindicta manumittere poſſumus. ſed & apud Legatum ejus manumittere poſſumus.

Scio, eſſe qui corrigant, *ſed & apud Legatum ejus manumittere non poſſumus.* Scio, eſſe qui diſtinguant, utrum Legatus provinciam jam ingreſſus ſit, an urbem tantum egreſſus: etiam ſcio, his ſuffragari Haloandri & alios codices: in quibus ita legitur, *Apud Proconſulem, poſtquam urbem egreſſus eſt, vindicta manumittere poſſumus. Sed & apud Legatum ejus poſſumus manumittere, ex quo provinciam ingreſſus eſt.* Sed fortius urgent ſequentia Marciani & Ulpiani verba in *d. l.* 2. §. 1. & *d. l.* 3. *Omnino non eſt apud eum legis actio*, &, *Non habet juriſdictionem talem.* Non enim hi, ſi Legato provinciam jam ingreſſo indulſiſſent actionem legis, eum ab hac omnino removiſſent: ſed aut provinciam ingreſſo hanc demum dediſſent, aut ei ſimpliciter adſcripſiſſent. Hoc ut ſentiam, movet me, quod ſimiliter ſcribit Ulpianus *l.* 15. *D. de officio Proconſulis & Legati*, Legatos Proconſulum tutores dare poſſe: quamquam conſtat, eos niſi mandata juriſdictione, & adeo niſi provinciam ingreſſos, nihil proprium habere *l.* 13. *juncta l.* 4. §. *ult. D. eod. tit.* Præterea ait Ulpianus *l.* 3. *D. de tutoribus & curatoribus datis ab his*, jus dandi tutores omnibus Magiſtratibus municipalibus datum eſſe: qui tamen aliter non dant, quam juſſu Præſidis §. *pen. Inſt. de Atiliano tutore.* E diverſo, quia merum imperium Legato neque lege conceſſum eſt, neque mandata juriſdictione ad eum tranſit, ſimpliciter negat Venulejus, id Legatum habere *l.* XI. *D. de officio Proconſulis & Legati.* Hoc vero ſi eſt;

quid cauſæ habeam? cur aliter accipiam verba *d. l. 2. §. 1. & d. l. 3. D. eod. tit.* Inquies, quia Paulus obſtat *d. l. 17. §. 1. D. de manumiſſis vindicta.* Verum experiamur; ne, quod Paulus ſcribit de Legato Proconſulis, parvo momento poſſit transferri ad Legatum Cæſaris: hunc enim manumiſſionem atque adoptionem habuiſſe, facile intelligitur ex *l. 2. D. de officio Præſidis, & l. 7. D. de manumiſſis vindicta.* Porro mendam Paulo obrepſiſſe ex affinitate voculæ *ejus* & Sigli, *CAES*, non improbabiliter olim oſtendit Petrus Burgius, vir doctus, *lib. 1. Electorum c. 2.* Quamquam probabilius reſtituerim, *ſed & apud Legatum C. manumittere poſſumus:* quod ſicut Legatum Cæſaris indigitabat, ita facile declinavit in proximum illud, *ſed & apud Legatum e. manumittere poſſumus:* id eſt, apud Legatum ejus &c. ſolet enim vox *ejus*, ſi Siglis credimus, notari litera *e.* ſolet vero *Cæſar* etiam ita *c.* ſcribi: ut ex iiſdem conſtat Veterum Siglis, & præterea probant Inſcriptiones *l. 8. C. de pigneratitia actione, l. 6. C. Quod cum eo qui in aliena poteſtate, l. 6. C. Ad Senatuſconſultum Macedonianum, l. 4. 5. 6. & 7. C. de maleficis & mathematicis,* & aliis ſexcentis locis. Ita Pauli ſenſus erit, Poſſe manumitti apud Proconſulem, poſtquam urbem egreſſus eſt: poſſe etiam apud Legatum Cæſaris, ſeu Præſidem, ſed provinciam jam ingreſſum. Hoc enim bene atque obſervate addit Haloandrina, & vulgata Accurſii, editio: argumentoque ei, quod inſignia ſua non ante accepit Præſes, quam provinciam ingreſſus; Proconſul vero ſtatim, atque urbem egreſſus eſt, ſua inſignia habuit: ut a Dione Caſſio *lib. 53.* & Ulpiano *l. 1. D. de officio Proconſulis & Legati* traditum. Proinde nil mirum eſt, ſi inter hunc & illum interfuit: alter, ſimul ac urbem egreſſus eſt, voluntariam juriſdictionem habuit: alter ne eam quidem, niſi provinciam ingreſſus, exercuit. Plane illud Marcianus *d. l. 2. D. eod. tit.* utrumque Paulus annotavit *d. l. 17. pr. & §. 1.* Hæc una conjectura. Vis & alteram? accipe: nam ſuſpicatus aliquando ſum, Pauli ſcripturam etiam reſtitui poſſe hoc modo, *ſed & apud Legatum e. m. poſſumus:* ut ſit, ſed & apud Legatum *ex mandatis* poſſumus; vel ita, *ejus mandatis* poſſumus: pro Legati Mandatis; ſive Mandatis quæ ei a Principe dantur. quo ſenſu Ulpianus *l. unic. D. de officio Præfecti Auguſtalis* infit, Præfectus Ægypti non prius deponit præfecturam & imperium, quod ad ſimilitudinem Proconſulis lege ſub Auguſto ei datum eſt, quam Alexandriam ingreſſus ſit ſucceſſor ejus. & *ita mandatis ejus continetur.* Ipſe Paulus *l. 3. D. de officio Præſidis* ſcribit, *In mandatis Principum* eſſe, ut curet is qui provinciæ præeſt, malis hominibus provinciam purgare. Apud Calliſtratum quoque extat, *Mandatis Principalibus quæ Præſidibus dantur*, caveri, Ne quis perpetuis vinculis damnetur *l. 35. D. de pœnis.* Ac ne quis dubitet, eſſe inter cætera hujuſmodi Mandatis etiam de emancipationibus, manumiſſionibus, & ſimilibus, comprehenſum, ei ſufficit Inſcriptio & *l. 2. C. de officio ejus qui vicem alicujus Judicis vel Præſidis obtinet.* Porro Sigla iſta E. M. ferunt omnes, quos dixi, ſenſus: ſolet ſane, ſi Valerio Probo & P. Diacono fides, vox utraque *ex* & *ejus* notari litera, E, ſimplici: per literam quoque, M, tam *manumittere*, quam *mandatum* ſignificari, probant iidem Notarum Interpretes: ex quibus P. Diaconus M. C. M. exponit *mortis cauſa manumiſſus*; & Valerius Probus AN. M. interpretatur *actionem mandati*; Magno autem A. M. explicat *actio mandati.* Proinde cum apud Paulum legi poſſet, *apud Legatum ejus manumittere poſſumus*, & *apud Legatum ex mandatis poſſumus*, vel *apud Legatum ejus mandatis poſſumus*; nullo accidit negotio; ut, cum legendum eſſet modis iſtis, Librarius illum ex principio ejuſdem capitis, aut imperitia aut feſtinatione lapſus, utique magis imprudenter, quam inſolite, repeteret. Cæterum, per Legatum intelligo Præſidem: qui *Legatus Cæſaris* appellatur *l. 7. D. de manumiſſis vindicta:* dicitur & ſimpliciter *Legatus* in *l. 14. D. de Senatuſconſulto Silaniano*, & apud Vellejum Paterculum *lib. 2.* cujus appoſui verba. *Illud etiam in hoc tranſcurſu dicendum eſt, ita ſeptem annos Rhodi moratum, ut omnes, qui Proconſules Legatique in tranſmarinas provincias profecti viſendi ejus gratia, ad quem convenientes ſemper privato (ſi illa majeſtas privata unquam fuit) faſces ſuos ſubmiſerint.* Hactenus dictum de imperio mero, item de manumiſſione, emancipatione, atque adoptione.

CAPUT VIII.

Tutelæ dationem aliis mandari potuiſſe, imo non potuiſſe.

Videndum porro de tutelæ datione: nam & ea aliquali quæſtioni eſt: quia Ulpianus *l. 6. §. 2. D. de tutelis* ait, *Tutoris dationem neque imperii, neque juriſdictionis eſſe: ſed ei ſoli competere, cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Senatuſconſultum, vel Princeps.* Præterea idem ſcribit, *Nec mandante Præſide alium tutorem dare poſſe l. 8. D. de tutoribus & curatoribus datis ab his.* Contra ait Juſtinianus, *In provinciis Præſides ex inquiſitione tutores creare, vel Magiſtratus juſſu Præſidum, ſi non ſint magnæ pupilli facultates §. 4. Inſt. de Atiliano tutore.* Sed quid eſt? tutoris datio omnibus Magiſtratibus municipalibus conceſſa eſt Oratione D. Marci *l. 3. D. de tutoribus & curatoribus datis ab his:* non ſimpliciter tamen, nec indi-

diſtincte; ſed ſi a Præſide juſſi ſunt, tutorem dare: jubere autem, Præſidi permiſſum eſt tum, ſi non ſint magnæ pupilli facultates *d.* §. 4. id eſt, ſi ei non magnæ videntur: non enim quantitas Oratione exprimitur: nec, qui eam definiat, in provincia alius eſt, præter Præſidem. Sed de tutela Præſes aditur, iſque æſtimat ex quantitate bonorum pupilli, utrum debeat ipſi per ſe tutores dare, an poſſit eorum dationem Magiſtratibus municipalibus mandare. Itaque paulatim eo devenitur: uti ea tutelæ datio quæ Magiſtratuum eſt, neque tantum Præſidi, neque tantum Orationi D. Marci, ſed utrique imputetur: & quemadmodum Legatus Proconſulis in eadem cauſa, atque ex eadem Oratione, utitur jure proprio, ſed demum mandata jurisdictione *l.* 1. §. 1. *D. de tutoribus & curatoribus datis ab his, juncta l.* 15. *& l.* 13. *D. de officio Proconſulis & Legati:* ſic Magiſtratus, cum tutorem Præſidis juſſu & mandato dat, non alienam, ſed propriam, id eſt, lege datam ſibi, jurisdictionem exerceat *d. l.* 3. Proinde nihil opus eſt, hic addi; quod, ſi dixeris, Præſidem a Magiſtratibus tutores dari vel mandaſſe, vel juſſiſſe, vel præcepiſſe, vel monuiſſe, recte dixeris; & omnium verborum unus idemque & ſenſus & effectus eſt: fere enim Ulpianus, Paulus, alii, verbis illis paſſim atque indiſtincte utuntur *l.* 1. §. 6. *&* 5. *D. de magiſtratibus conveniendis. l.* 46. §. 6. *D. de adminiſtratione tutorum. l.* 25. §. 4. *& ſeqq. D. de adquirenda hereditate:* conſtat etiam, Legem, cum permittit, jurisdictionem mandari in cauſis ſpecialis delegationis, ſæpe perſonam cui mandari velit, nominatim deſignare. Poteſt igitur Præſes, ubi non magnæ ſunt pupilli facultates, tutelam Magiſtratibus municipalibus mandare; alii autem neque tum mandare poteſt, neque alias *d.* §. 4. *& d. l.* 8. *cum ſimilibus.* Dixi, jurisdictionem, vel totam, vel pro parte, mandari ſolitam; item, tota mandata, quantum mandatum videatur.

Caput IX.

An mandatarius jurisdictionis tribunali uſus fuerit in cauſis cognitionis?

Sequitur; ut exponam, quemadmodum oporteat id quod a Magiſtratu mandatum eſt, a mandatario geri. Puto autem, ſic oportet, ut a mandatore ſolet: proinde ſi mandetur res cognitionis; mandatarius & per ſe cognoſcet, & tribunali utetur, & Conſilium exercebit. quod ſi res erit ordinarii juris; magis Judicem & formulam dabit. id enim cum Magiſtratui qui jurisdictionem mandat, obſervandum ſit legibus moribuſque Populi Romani; cauſa non eſt, cur in mandatario qui ejus tantum vices & partes habet, aliter receptum ſit. niſi videtur Magiſtratui, mandata jurisdictione, dari via qua Populi Romani leges moreſque invertat, & per alium accipiat jus faciendi quod per ſe non poteſt. quod non puto. Sed operæ pretium erit, ſingula, quia in dubium vocantur, paulo plenius exequi. Primum, quod de tribunali dixi, video probari verbis his Ciceronis *lib.* 1. *De oratore, Quid his paucis diebus? Nonne nobis in tribunali Q. Pompeji Prætoris urbani familiaris noſtri ſedentibus homo ex numero diſertorum poſtulabat, ut illi, unde peteretur, vetus atque uſitata exceptio daretur.* Cicero ait, Craſſum ſediſſe in tribunali Quinti Pompeji, Prætoris urbani, & eo ſedente eſſe poſtulatum: id eſt, eo cognoſcente ex mandato; ut viſum viris doctis. Mentio tamen mandatæ jurisdictionis eo in loco nulla eſt: præterea jus ſedendi in tribunali æque fuit Magiſtratuum Conſiliariis, ac mandatariis. adeo parum facit *ſedendi* verbum quo Cicero utitur. Niſi *ſedere* videtur eſſe ejus qui judicio præeſt *l.* 2. §. 1. *&* 2. *D. quis ordo in poſſeſſione ſervetur*; ut Conſiliarii aſſidere, cui & Aſſeſſoris inde nomen *tot. tit. D. de Adſeſſoribus.* Sed contra Plinius *lib.* 6. *epiſt.* 33. *Sedebant*, inquit, *judices centum & octoginta: tot enim quatuor conſiliis conſcribuntur.* Si tamen, quod ſentio, dicam; veriſimilius eſt, apud Ciceronem Prætoris urbani mandatarium, quam Aſſeſſorem, indigitari. Quamquam, ne ambiguis utar, ipſe Livium adſeram. Verba Livii *lib.* 1. *c.* 41. *Tarquinium interim Servio Tullio jubere populum dicto audientem eſſe: eum jura redditurum, obiturumque alia regis munia. Servius cum trabea, & lictoribus prodit, ac ſede regia ſedens alia decernit, de aliis conſulturum ſe regem ſimulat.* Livius exhibet ſpeciem mandatæ jurisdictionis, cujuſque inſignia, in his lictores, trabeam, & ſedem regiam: id eſt, ut mihi videtur, tribunal cum ſella curuli; nam hanc ſellam & pleraque decora atque inſignia quibus imperii dignitas eminet, a Tuſcis ad Reges Romanos, a Regibus ad Conſules, a Conſulibus ad Prætores, tranſlata eſſe, puto, ex Floro diſci *lib.* 1. *c.* 5. quod autem ad tribunal attinet, clarum eſt teſtimonium Dionyſii Halicarnaſſei *lib.* 2. *c.* 4. ita de Romulo ſcribentis, *Quum videret, ipſum metum homines ab omni facinore deterrere maxime poſſe, multa ad rem eam paravit, & tribunal, ubi ſedens judicabat, in fori loco maxime conſpicuo.* Jam ubi Macer inſit *l.* 4. *pr. &* §. 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt jurisdictio*, ſuſpecti tutoris accuſationem, item jus poſſeſſionis dandæ, & ſi cui damni infecti non caveatur, ut is poſſidere jubeatur, mandari poſſe; equidem fruſtra ſim, niſi mandatario ſimul tribunal indulſiſſe exiſtimem. Primum quod ad ſuſpecti tutoris accuſationem attinet, certa res eſt: quia Marcianus refert *l.* 1. §. 11. *D. Ad Senatuſconſultum Turpilianum*, eam pro tribunali tantum examinari,

minari, neque alium, quam Præſidem, id eſt, eum qui tribunali præeſt, de ea pronuntiare poſſe. Præſidem enim opponit Magiſtratibus municipalibus quibus tribunal non fuit; mandatariis autem totius officii juriſdicundi eum non opponit: uti apparet ex *l.* 1. §. 4. *D. de ſuſpectis tutoribus*, & *d. l.* 4. *pr.* & §. 1. Porro quod ad bonorum poſſeſſionem attinet, æque aperte ait Ulpianus *l.* 3. §. 8. *D. de bonor. poſſeſſ.* ſi cauſa cognita detur, non alibi dari, quam pro tribunali: & præfatur, quia neque decretum de plano interponi; neque cauſa cognita bonorum poſſeſſio alibi, quam pro tribunali, dari poteſt. Sed neque de miſſione in poſſeſſionem ex cauſa damni infecti, præſertim ſi ex ſecundo decreto fiat, dubitari poteſt: deſiderat enim cauſæ cognitionem *l.* 4. §. 3. & 4. *D. de damno infecto*; ubicumque autem cauſæ cognitio vertitur, per libellum, id eſt, de plano, ſeu ſine tribunali, res expediri non poteſt *l.* 9. §. 1. *D. de officio Proconſulis & Legati*. Igitur verum eſt, mandatarium, ſi quæ pro tribunali cognoſcuntur, mandata eſſent, tribunali uſum fuiſſe.

Caput X.

Mandatario fuiſſe poteſtatem Conſilii exercendi. Ulpianus emendatus & illuſtratus l. 2. D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio, & l. 42. D. de verborum ſignificatione.

Addamne, & Conſilium exercuiſſe? addam: ne, ſi id negem, ſimul negem, eum pro tribunali cognoviſſe: hoc enim vel Magiſtratui qui juriſdictionem mandat, ſine Conſilio nefas eſſe, oſtendi *libro* 1. *capite* XI. at ſi illi vetitum: quæſo, qui poteſt licere mandatario, tantum partes viceſque ejus ſuſtinenti? ut probavi *capite* 1. *hujus libri*. Ulpianus tamen teſtatur, *Mandata juriſdictione a Præſide, conſilium non poſſe exercere eum, cui mandatur l.* 2. *D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio*. Sed non ſic accipiendus Ulpianus; quaſi ſimpliciter neget, mandata a Præſide juriſdictione, Conſilium a mandatario exerceri poſſe: (id enim quamquam latitudo verbi patitur, tamen & ratio refellit, & veritas) ſed quaſi ſignificet, mandata juriſdictione a Præſide, mandatarium non ſemper, neque peræque, ubi Præſes poteſt, poſſe Conſilium exercere: plane ſimili locutione qua idem Ulpianus *l.* 42. *D. de verborum ſignificatione*, poſtquam dixit, *Furtum & adulterium natura turpe eſſe:* id eſt, ſemper turpe eſſe; quia furto & adulterio ſemper ineſt dolus, natura turpis atque infamis: deinde ita ſcribit, *Tutelæ damnari, hoc non natura probrum eſt: nec enim natura probrum eſt, quod poteſt etiam in hominem idoneum incidere*. Ita enim legendum, ejectis verbis, *ſed more civitatis*: quæ non Ulpiani, ſed ſcioli eſſe, jam obſervavi *libro* 1. *Probabilium Juris capite ult.* ſenſus autem: Tutelæ damnari non ſemper neque peræque natura probrum eſt: quia tutor non tantum ob dolum qui natura probrum eſt, damnatur; ſed etiam ob latam & levem culpam quæ natura probrum non eſt: quippe cum error ſit, non ſcelus; & cadat etiam in hominem idoneum: id eſt, in virum bonum & integrum. Is Ulpiani ſenſus in *d. l.* 42. nec eſt, opinor, alius in *d. l.* 2. non enim in hac vult Ulpianus, eum cui a Præſide mandata eſt juriſdictio, numquam poſſe Conſilium exercere: ſed vult, eum non ſemper neque peræque, ubi Præſes poteſt, Conſilium exercere poſſe. idque veriſſimum eſt; & demonſtrat Ulpianus exemplo §. 1. ejuſdem loci: cujus verba apud Haloandrum talia ſunt. *Et ſi tutores vel curatores velint prædia vendere, cauſa cognita id Prætor vel Præſes permittet: quod ſi mandaverit juriſdictionem, nequaquam poterit mandata juriſdictione eam quæſtionem transferre*. Sic in Haloandrino exemplari, & paſſim. Florentiæ editur, *Si tutores*, expuncta vocula, *Et*. quid, ſi ſcribam, *Ut ſi tutores?* Nam his in verbis non inchoatur ab Ulpiano novus ſermo: ſed ſubjicitur ſpecies & exemplum principii ejuſdem capitis. prorſus, ut non abs re fuerit, ita totum exponi caput, Fere ubi Præſidi jus eſt exercendi Conſilii, etiam eſt ei cui mandata ab eo juriſdictio eſt: ſed fere. eſt enim, ubi Præſes poteſt Conſilium exercere; at is cui mandata eſt juriſdictio, non poteſt. finge, tutores velle pupilli prædia vendere, his decreto opus eſſe: Præſes aut Prætor exercebit Conſilium, & de Conſilii ſententia decernet. quid ita? quia ea cognitio Prætori urbano nominatim data eſt Oratione Divi Severi *l.* 1. *D. de rebus eorum qui ſub tutela vel cura ſunt:* Præſes vero in provincia fungitur vice & officio Prætoris urbani & omnium Romæ Magiſtratuum *l.* 10. 11. & 12. *D. de officio Præſidis*. poterit igitur Præſes ea in ſpecie Conſilium exercere, & de ejus ſententia cauſa cognita decernere. An & mandatarius, mandata juriſdictione? non dices: nam ea cognitio neque mandari poteſt, neque mandata juriſdictione transfertur: quia neque Imperii, neque juriſdictionis, eſt; ſed ei ſoli competit cui Lege nominatim data eſt *l.* 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio*. Is Ulpiani ſenſus: ex quo apparet quod initio dixi, mandata a Præſide juriſdictione, poſſe quidem mandatarium plerumque Conſilium exercere, ubi Præſes ſolet exercere; ſed non paſſim, neque ubique poſſe, ubi Præſes poteſt.

Caput XI.

An mandatarius habuerit poteſtatem Judicis dandi in cauſis ordinarii juris? & quando deſierit habere. Imperatoris, Gordiani, tentata reſtitutio in l. 5. C. de judiciis.

Nunc de Judicis datione dicendum: de qua video quæri duplice cauſa. una eſt, quod Paulus *l.* 12. §. 1. *D. de judiciis*, mandatario juriſdictionis indulgens Judicis dationem, tantum loquitur de Legato Proconſulis; de aliis autem Magiſtratuum mandatariis non loquitur. altera cauſa eſt, quod Imperator, Gordianus *l.* 5. *C. de judiciis* negat, Judicem a Judice delegatum habere Judicis dandi poteſtatem: præterquam, ſi a Principe Judex datus ſit. Sed nil allatum eſt, cur mutem ſententiam, quam ante probavi *capite* IX. *hujus libri.* quod enim jus eſt, quæve neceſſitas, reſtringendi exemplum Legati Proconſulis in *d. l.* 12. §. 1? affert enim Paulus generalem regulam, Eum cui mandata eſt juriſdictio, Judicem dare poſſe: neque idcirco, quia pro illuſtranda regula utitur exemplo Legati Proconſulis, videtur ab ea cæteros mandatarios excludere. Sed id certum eſt, attendentibus præſertim ad naturam jurisdictionis: quæ cum talis ſit, ut ei cohæreat Judicis datio *l.* 3. *D. de juriſdictione*; impoſſibile eſt, ut mandata a Prætore juriſdictione ea in cauſa, in qua Judex dari ſolet, Judicis datio aut mandata non intelligatur, aut ad mandatarium non tranſire. Quid? quod apud Ciceronem *Divinat. c.* 17. extat exemplum ſpecialis Judicis quem in cauſa Agonidis dedit Quæſtor Q. Cæcilius: quem tum jus dixiſſe Prætoris mandatu, hoc veriſimilius eſt, quod & Cæſarem, cum ei Quæſtori ulterior Hiſpania obveniſſet, Prætoris mandatu Conventus jure dicundo circumiiſſe, Suetonius refert *in vita ejus cap.* 7. His accedit, quod Imperatores, Theodoſius & Valentinianus, *in l. unic. C. Qui pro ſua juriſdictione judices dare darive poſſunt*, quæ eſt ſcripta ad Cyrum, Præfectum prætorio, primi mutarunt rationem ejus juris: nam his permiſerunt quidem Judicis dationem qui haberent propriam juriſdictionem: (ſalva, opinor, diſtinctione *l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*) illis autem qui alienam juriſdictionem adminiſtrarent, Judicis dationem negarunt. *Alienam*, inquam, *juriſdictionem*, id eſt, mandatam: ita enim acceperim id verbum *alienam* eo loco, perinde ut in *l.* 3. *D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio*, & *l.* 5. *D. de juriſdictione.* nempe, ne alioquin inſulſa ſit oppoſitio ejus qui omnino alienæ, & ad ſe plane non pertinentis, juriſdictionis cauſam delegat, & hujus qui a Principe delegatus eſt, ab eoque mandatam juriſdictionem habet. Sed mutatio quæ facta eſt ea in lege, Judicis dationem ante mandatarii fuiſſe, manifeſte arguit.

At Gordianus obſtat *l.* 5. *C. de judiciis*, cum Marcello reſcribit, *A judice judicem delegatum judicis dandi poteſtatem non habere: cum ipſe judiciario munere fungatur: niſi a Principe judex datus fuerit.* Niſi vult Gordianus, Judicem ſpecialem qui a Judice, id eſt, a Magiſtratu quem Hieronymus, *Epiſt. ad Nepotianum, p.* 17. Judicem provinciæ appellat, nudam notionem accepit, non poſſe alium Judicem dare. Et ita eſt: Judex delegatus apud Gordianum non indigitat mandatarium juriſdictionis; ſed ſpecialem, ſeu datum, Judicem: pariter ut apud Imperatores in *d. l. unic. C. Qui pro ſua juriſdictione judices dare darive poſſunt.* quod ut ſentiam, ſuadet ſubjecta Gordiani ratio, *Cum ipſe judiciario munere fungatur*: nam hujus ſenſus, eſt, Quia ipſe non habet juriſdictionem cui ineſt Judicis datio; ſed habet nudam notionem quam ipſe tenetur per ſe exercere. judiciarium enim munus eſt cognoſcendi, pronuntiandique, ſeu judicandi, perſonale munus *l.* 18. §. 14. *D. de muneribus & honoribus*, quod quiſque cogitur per ſe obire, etiam invitus, niſi habeat excuſationem *l.* 13. §. 2. *D. de vacatione & excuſatione munerum. l.* 214. *D. de verborum ſignificatione.* Hic Gordiani ſenſus. qui ſi placet; eſt quod ſuſpicer, ſequentem clauſulam *d. l.* 5. *Niſi a Principe judex datus fuerit*, non eſſe Gordiani; ſed a Triboniano, aut quo alio Juris ſtudioſo, ei adſcriptam ex fine *d. l. unic. C. Qui pro ſua juriſdictione judices dare darive poſſunt.* Male tamen, aut certe non appoſite: nam in *d. l. unic.* vetatur Judex dari ab illo qui habet alienam ſive mandatam juriſdictionem; ab eoque Principis delegatus, quia juriſdictionem habet, etſi in una cauſa ſpecialiter delegatus ſit, recte excipitur. verum *d. l.* 5. prohibet, Judicem dari a ſpeciali ſeu addicto Judice: cujus etſi ſit notio aliqua ea in cauſa in qua a Magiſtratu datus addictuſque eſt, tamen juriſdictio nulla eſt: a quo proinde, niſi inepte, excipi non poteſt Principis delegatus; qui & juriſdictionem habet, & hanc vel in una cauſa, vel etiam in univerſitate cauſarum: ut in ſequente Inſcriptione.

C. VALERIO. POPLICIO
COS. ORD. ITEM COGNOSCENTI
AD. SACRAS. APPELLATIONES

Item in illa apud Manutium *De Orthographia pag.* 25.

L. Caeſonius. C. Fil. Quirina. Lucillus
Macer. Rufinianus. Cos. Frater. Arvalis
Praef. Urbi. Electus. ad. cognoſcendas.
vice. Caeſaris cognitiones. &c.

Alia apud eumdem pag. 494.

M. Maecio. Memmio &c. Judi-

ci. Sacrarum Cognitionum
Tertio. Judici. Iterum. ex. De
legationibus. Sacris. Prae
fecto. Praetorio. et. Judici
Tertio. Conſuli. Ordinario.

Quod ſi tamen quis apud Gordianum delegatum Judicem interpretetur mandatarium juriſdictionis, qualem ſenſum ei aut Interpres, aut Tribonianus, tribuit; ſenſus falſus erit: quia Judicis datio mandatario juriſdictionis nuſquam ablata eſt, non modo ante Gordiani tempora, ſed ne per Gordianum quidem in *d. l. 5.* quia in ea non jus novum conditum eſt, ſed Marcello tantum ad factum reſcriptum eſt.

CAPUT XII.

De juriſdictione quæ prorogata appellatur. Eam confirmari Lege Julia privatorum judiciorum: naſci autem ex qualicumque expreſſa conventione, ſive nuda, ſive non nuda.

Poſt mandatam juriſdictionem quam diximus alienam videri, ſupereſt, ut de ea diſputemus, quæ Magiſtratui cujus eſt aliqua, quamquam incompetens, juriſdictio, litigantium conventione vel tribuitur, vel augetur. Ea juriſdictio vulgo prorogata appellatur minus recte: nam prorogatio proprie temporis eſt; terminorum autem juriſdictionis aut imperii non tam prorogatio dicitur, quam prolatio vel propagatio: ut veriſſime animadvertit amicus & Collega meus, V. CL. Jacobus Perizonius *Animadverſionibus Hiſtoricis, cap. VI. pag. 229. & ſeq.* Factum tamen eſt docentium uſu, ut & prorogari diceretur juriſdictio; cum litigantium conſenſu profertur ultra terminos quibus includitur. Eſt vero & illa quodammodo ſpecies alienæ juriſdictionis, ſed quæ ex auctoritate Legis Juliæ judiciorum privatorum conſenſu ei cujus eſt aliqua juriſdictio, ſic adquiritur, ut mandata juriſdictio mandantis voluntate vel Magiſtratui, vel privato cuivis, datur more majorum. Quæ autem verba Legis Juliæ fuerint, non, puto, facile dictu eſt: nuſquam enim extant; præterquam quod Ulpianus *l. 2. §. 1. D. de judiciis* prodidit ſequentia, QUO MINUS INTER PRIVATOS CONVENIAT. Senſum tamen Ulpianus expreſſit *l. 1. D. eod. tit.* cum inſit: *Si ſe ſubjiciant aliqui juriſdictioni, & conſentiant, inter conſentientes cujuſvis judicis, qui tribunali præeſt, vel aliam juriſdictionem habet, eſt juriſdictio.* Ex quo apparet, eam Legis Juliæ mentem fuiſſe; ut, ſi quis conventione ſua ſe ſubjeciſſet alterius juriſdictioni, ab eoque ei jus dictum eſſet, hoc tam ratum haberetur, quam ſi ei jus dictum foret in proprio & competente foro. Pertinet vero ea Lex in primis ad utilitatem privatorum: ſcilicet, ut ex ipſorum conſenſu fiat aliquanto facilior ratio expediendi juris. Sed cum duplex fuerit Lex Julia judiciorum, una publicorum, altera privatorum; magis videtur hoc caput quo de agimus, eſſe Juliæ privatorum judiciorum: cum præſertim Ulpianus idem caput (ut liquet ex Inſcriptione *l. 1. & 2. D. de judiciis*) interpretatus ſit libris ad Edictum: quibus ille neque publica judicia expoſuit, neque eorum ordinem aut formam; quippe cum nec de his propoſitum eſſet Edictum: ſed iis perſequutus eſt ordinem & formam privatorum judiciorum; ad quæ ſpectabat ratio Edicti perpetui, & Lex Julia privatorum judiciorum: ut ex Fragmentis quæ ſuperſunt, ſatis intelligi poteſt. E re erit, eam Legem paulo diligentius conſideraſſe.

Ait Lex, *Quo minus inter privatos conveniat.* Conventio eſt duorum pluriumve in idem placitum & conſenſus: eaque conventio aut expreſſa eſt, aut tacita: expreſſa; ut ſi quis ſe alterius foro palam verbis ſubjiciat; vel ſi verbis fori ſui privilegio renunciet. hæc conventio aut nuda eſt, aut non nuda: nuda finitur ſolo paciſcentium placito & conſenſu: non nuda eſt, verbi gratia, quæ in contractum tranſit. At utra conventio ſit qua quis ſe alterius juriſdictioni ſubjiciat, nihil refert: quia Lex ſimpliciter ait, *Quo minus conveniat.* Sufficit igitur, conventum eſſe: conventionis autem verbum utramque complectitur conventionem: id eſt, tam nudam, quam non nudam. Neque videtur huic expoſitioni reſiſtere, quod ex pacto nudo Jure civili actio neque datur, neque tollitur. Nam cum quæritur, an juriſdictio nuda conventione prorogetur; non hoc vertitur, an ob nudam conventionem danda de foro paciſcenti ſit nova actio: minime. id quæritur, ſi quæ actio ei ante competiit aut civili aut prætorio Jure; an illa actio, ob ſubſequutam nudam conventionem de proroganda juriſdictione, poſſit inſtitui alio in foro, quam in quo, abſque conventione foret, inſtituenda eſſet. Quod mihi videtur. nam ſi paciſcor, ut poſſim alio in foro, quam meo, conveniri; hoc ago, ut fori mei privilegio renunciem: nemo autem ambigit, quin nuda conventio ea in ſpecie ad prorogandam juriſdictionem ſufficiat. eſtque exemplum apud Paulum *l. 1. D. Si quis in jus vocatus non ierit*, & Ulpianum *l. 7. D. Qui ſatiſdare cogantur.* quid ni igitur ſi pactus ſim, ut alio in foro, quam meo, conveniar, ſufficiet? finge, me conveniri, & in ingreſſu litis fori exceptionem opponere: utique erit tibi jus, eam elidere per replicationem pacti conventi; cum conſtet, ex pacto nudo, etſi actio non detur, tamen exceptionem dari *pr. Inſt. de replicationibus.* Atque hoc Juſtinianus probat *l. pen. C. de pactis.*

Sed

Sed contra Africanus *l.* 18. *D. de juriſdictione.* Verba Africani. *Si convenerit, ut alius Prætor, quam cujus juriſdictio eſſet, jus diceret, & priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit: procul dubio nemo compelletur ejuſmodi conventioni ſtare.* En, inter duos convenit, ut alius pro alio Prætor adiretur: ait Africanus, neminem compelli, iſti conventioni ſtare; ſi voluntas mutata ſit, antequam adiretur Prætor. quid ita? dices, quia ea conventio eſt nuda, & ideo ad prorogandam juriſdictionem invalida. ſed non eſt ita, neque id movit Africanum. quid ergo? hoc opinor, quod inter duos quidem convenit de proroganda juriſdictione, ſed ea conventio deinde utriuſque contraria voluntate rurſus ſublata eſt. Ita mihi placet; nec dubito, quin convenienter his verbis, *Si convenit*, id eſt, ſi inter duos convenit; item illis, *Mutata voluntas fuerit*, id eſt, utriuſque voluntas mutata fuerit contrario pacto: tum hoc exigunt iſta, *Procul dubio nemo compelletur:* quæ non alterutrum litigatorem, ſed utrumque, indicant. adeo ſenſus eſt: Procul dubio neuter eorum compelletur. Sit ita: at quæ dubitatio eſt illa in ſpecie? probabilis & juſta: ſcilicet, an juriſdictio privata litigatorum pactione poſſit aut prorogari, aut prorogata tolli, priuſquam adiretur Prætor: adeo antequam impetraretur conſenſus ejus cujus præjudicium videtur verti. Hæc quærendi cauſa: ad quam, neſcio, an alludant hæc Africani verba, *Et priusquam adiretur.* Ulpianus certe eam difficultatem & movet & definit *l.* 2. §. 1. *D. de judiciis:* ut infra capite XIV. oſtendetur.

Caput XIII.

Prorogationem juriſdictionis etiam tacita conventione fieri; & hanc litis conteſtatione intelligi. Verba, Poſt litem conteſtatam, *expuncta in l.* 4. *C. de juriſdictione.*

Tantum de expreſſa conventione: tacita fit actionis ſuſceptione: ut ſi quis in jus vocatus venit ad Prætorem non ſuum; ibique conventus, aliis defenſionibus, quam fori exceptione, uſus ſit. ita eſt: ſi quis omiſſa hac exceptione, litem ſit apud Prætorem, alioquin incompetentem, conteſtatus; prope eſt, ut in eum litis conteſtatione conſenſiſſe, & fori exceptioni renuntiaſſe intelligatur; itaque ad eam deinde, quamvis ante ſententiam, reverti non poſſit. Pertinent huc *l.* 52. *D. de judiciis, l.* 30. *D. eod. tit. & l. ult. C. de exceptionibus.*

Video, Conſtantinum quoque huc referri *l.* 4. *C. de juriſdictione*, cujus verba ſunt. *Nemo poſt litem conteſtatam ordinariæ ſedis declinet examen: nec prius Præfecti prætorio, aut Comitis Orientis, vel alterius Spectabilis judicis imploret auxilium: ſed appellatione legibus facta ad ſacrum auditorium veniat.* Sed error eſt: cui cauſam dedit Gloſſa quam ſubeſſe illa in lege, niſi fallor, vere conjecerim: legendum certe, *Nemo ordinariæ ſedis declinet examen*, diſpunctis verbis, *poſt litem conteſtatam:* quæ loci ſenſum faciunt plane ineptum. vetat enim Conſtantinus; ne quis habens ordinarium Judicem qui eſt Præſes provinciæ, adverſarium ſuum ad Præfectum prætorio, aut Comitem Orientis, aut ſimilem ſuperiorem Judicem provocet; ſed ad ordinarium, id eſt, ad Præſidem; utque ad ſacrum auditorium quod eſt Præfecti prætorio aut Comitis Orientis, demum veniat per appellationem, ſententia a Præſide, id eſt, ab ordinario Judice, lata. Sic mihi videtur, & Conſtantinum *Ordinariam* dixiſſe *ſedem*, quæ eſt Præſidum: qui & ordinarii Judices dicuntur *l.* 33. *C. de Epiſcopis & Clericis*, & ordinariam dignitatem gerere *l.* 7. *C. de officio Rectoris provinciæ: Sacrum* vero *auditorium* eſſe Præfecti prætorio, res loquitur, & *l.* 67. *C. Theod. de appellationibus.* Hæc fere ita ſcripſeram, & ad ulteriorem depoſueram deliberationem; cum deinde aliud agens, forte incidi in *l.* 6. *Cod. Theod. de juriſdictione:* ad quam comperi conjecturam V. Cl. Jacobi Gothofredi, ab hac mea non abhorrentem. dicam autem quod res eſt, ingenue: ſimul videbam eam, pigebat me, quod me primum animadvertiſſe exiſtimabam, id ab illo jam occupatum eſſe: at re ulterius perpenſa, ipſe mox cœpi hanc meam ridere ambitionem: gaviſuſque ſum, quod ex ſuſpicione in adverſariis meis annotaveram, id judicio viri eruditi ac præclari, addam, & auctoritate ſimilis ſententiæ *d. l.* 6. confirmatum videre.

Ex ante dictis liquet, juriſdictionem, ſive ſuſcepto judicio, ſive conteſtata lite, velut tacita conventione, prorogari. Non idem dixerim de in jus vocatione; ne ſi reus quidem qui vocatus ad Prætorem non ſuum, ad eum veniat in jus; ibique deſideret, ſibi edi genus actionis: quia ob id neque ſuſcepit judicium, neque in Prætorem conſenſit: tantum petiit, ſibi demonſtrari formulam qua actor uſurus eſt; ſimul, indulgeri ſibi ſpatium ad deliberandum, utrum cedere, an ultra contendere, hoc eſt, judicium ſuſcipere, debeat, *l.* 33. *D. de judiciis, juncta l. unic. C. de litis conteſtatione.* Non ignoro, contra moveri *l.* 7. *D. eod. tit.* in qua ait Ulpianus, *Si quis, poſteaquam in jus vocatus eſt, miles, vel alterius fori eſſe cœperit: in ea cauſa jus revocandi forum non habebit, quaſi præventus.* At multum in-

tereſt; utrum quæratur, num quis Prætori cui non eſt ſubjectus, ſola in jus vocatione ſubjiciatur; an quæratur, num quis deſinat ad Prætoris cui ſubjectus eſt, juriſdictionem pertinere eo, quod poſteaquam ad illum vocatus eſt alterius fori, vel ob militiam, vel ob quam aliam cauſam, eſſe cœperit: nam in priore ſpecie non ſola ſufficit in jus vocatio; ſed præterea deſideratur judicii ſuſceptio, id eſt, conſenſus in Judicem ad quem facta eſt vocatio: in poſteriore ſpecie non prodeſt in jus vocato ſubſecuta militia; ſed ſola vocatione in jus præventus eſt: quia vocatus fuit ad ſuum Prætorem; eaque re jus quæſitum fuit vocanti: cui non potuit vocatus deinde id tollere mutata conditione.

Caput XIV.

Si error aut metus in conventione intervenit, non videri juriſdictionem prorogari. Ad juriſdictionis prorogationem non deſiderari Prætoris conſenſum, ſed litigatorum.

Ut igitur prorogetur juriſdictio, vult Lex Julia, conveniri vel palam, vel tacite. Quid, ſi conveniatur, ſed errore? finge, Titium putaſſe, juriſdictionem eſſe ejus in quem conſenſum eſt; aut putaſſe, alium pro alio Prætorem eſſe aditum: an videtur convenisse? non placet: quia error litigatorum non habet conſenſum; ſine conſenſu autem quæ conventio dicetur? *l. 2. D. de judiciis, & l. 15. D. de juriſdictione.*

Idem de metu dicendum *d. l. 2. D. de judiciis.* nam etſi electionem habeat metus, ſi ad finem ſpectes; tamen ſi ad initium reſpicias, ineſt ei neceſſitas, voluntati adverſa. proinde ſi reſtitiſſet quivis ex litigatoribus, ſed viribus præturæ ſit compulſus: poteſt quidem videri in Prætorem conſenſiſſe; ſed, quia extortus ei conſenſus eſt adverſus bonos mores; ideo legibus probari non poteſt. Hoc ſane vult Seneca Pater, *lib. 4. Controv. 26.* ſic loquens. *Lex vim paſſo ſuccurrit, & iniquum illi videtur, id ratum eſſe, quod aliquis, non quia voluit, pactus eſt, ſed quia coactus eſt. Nihil autem refert per quem illi neceſſe fuit. iniquum enim quod reſcinditur, facit fortuna ejus qui paſſus eſt, non perſona facientis.*

Oportet igitur conventum eſſe. Utrum a litigatoribus tantum; an etiam a Prætore? ſed ſufficit, inter litigatores conveniſſe, propter illa Legis Juliæ verba, *Quo minus inter privatos conveniat.* reſpicere enim ad litigatores, non ad Prætorem, bene Ulpianus monet *d. l. 2. §. 1. D. de judiciis.* Interim quia fuit de hoc apud Veteres dubitatum, ideo Ulpianus, velut timide & dubitanter, *Et puto*, inquit, *defendi poſſe ejus eſſe juriſdictionem.* quod non dixiſſet; ſi ea res tum certa atque indubitata fuiſſet. Atque ad hanc dubitationem, alluſit, opinor, Africanus *l. 18. D. de juriſdictione.* Sed & Juſtinianus *l. pen. C. de pactis* probat, talia pacta valere, & a privatis, etiam inconſulto Prætore, fieri poſſe.

Caput XV.

Oportere eum in quem ſit prorogatio juriſdictionem habere pro tribunali, aut aliam. Et quæ iſta?

Sed non ſufficit, inter litigatores de prorogandа juriſdictione eſſe conventum: verum amplius oportet eum, in quem juriſdictio prorogatur, habere juriſdictionem. hoc ideo, quia *Privatorum conſenſus judicem non facit eum, qui nulli præeſt judicio: nec, quod is ſtatuit, rei judicatæ continet auctoritatem l. 3. C. de juriſdictione.* Id tamen ſi eſt, ne poterit quidem privatorum conſenſus habenti juriſdictionem, ſed incompetentem, juriſdictionem prorogare: quando nihil refert, utrum omnino quis non habeat juriſdictionem, an habeat incompetentem. At non eſt ita: nam ſi quis habeat juriſdictionem quæ prorogatur partium conſenſu, eam quamquam incompetentem, tamen quia juriſdictio eſt, Lex Julia confirmat, & competentem facit *l. 1. D. de judiciis.* quod in illa quæ nulla eſt, non fit *d. l. 3. C. de juriſdictione.* Igitur oportet eum in quem prorogatur juriſdictio, habere juriſdictionem. Sed qualem? parum refert: generaliter enim loquuta videtur Lex Julia judiciorum, vel Ulpiano teſte *d. l. 1.* ubi, *Si* inquit, *ſe ſubjiciant aliqui juriſdictioni, & conſentiant: inter conſentientes cujuſvis judicis, qui tribunali præeſt, vel aliam juriſdictionem habet, eſt juriſdictio.* Vides ab Ulpiano dici, prorogationem fieri in Judicem quemvis qui *tribunali præeſt*, vel *aliam juriſdictionem habet.* ille autem, *Qui tribunali præeſt*, Ulpiano indigitat majorem Magiſtratum: ut is qui *pro tribunali cognoſcit* in *l. 2. D. de re judicata.* putem tamen, etiam complecti eum qui mandatam juriſdictionem adminiſtrat: nam ſupra oſtendi, hunc Magiſtratus jure & vice uti, ideoque & tribunali præeſſe. at cum ait Ulpianus, *Vel aliam juriſdictionem habet*, ſignificat eos qui minora judicia exercent: de quibus ita Aſconius Pedianus *in Divinat. in Verrem pag. 34. Alii alienum non nomen proprium putant eſſe, ſed alienum, & alterius*

rius judicii, & non ex auditorio Prætoris, majorumque cauſarum, ſed a ſubſelliis, hoc eſt, non a tribunalibus. Sunt enim ſubſellia Tribunorum, Triumvirorum, Quæſtorum, & hujuſmodi minora judicia exercentium, qui non in ſellis curulibus, nec in tribunalibus, ſed in ſubſelliis conſidebant. His adde Magiſtratus municipales: nam hi intra territorium ſuum, vel (ut ait *l.* 10. *C. de Decurionibus*) intra metas territorii propriæ civitatis, habent jurisdictionem uſque ad certam ſummam: ſine tribunali tamen; & ideo Pedanei Judices appellantur: uti demonſtravi *capite* 3. *libri* 1. Intra, inquam, territorium ſuum: nam (ut Paulus ſcribit libro 1. Ad Edictum, quo expoſuit jurisdictionem Magiſtratus municipalis) *Extra territorium jus dicenti impune non paretur. idem eſt, & ſi ſupra jurisdictionem ſuam velit jus dicere l. ult. D. de jurisdictione. Tamen inter convenientes & de re majore apud Magiſtratus municipales agetur.* ut idem Paulus commode eodem libro 1. ad Edictum ſcribit *l.* 28. *D. Ad municipalem:* quæ lex ſuperiori ſic optime adjicitur.

Ex his apparet, Lege Julia deſiderari, ut is in quem prorogatio ſit litigatorum conſenſu, habeat jurisdictionem, ſive pro tribunali, ſive aliam. idque in civilibus cauſis verum eſt: nam de his loquuta Lex videtur. ſed, an in criminibus procedat, quæri poteſt? & non puto, procedere. primum, quia ad crimina pertinet Lex Julia publicorum judiciorum; Julia autem privatorum ad crimina non pertinet. deinde non memini, me in Fragmentis Veterum uſquam legere exemplum factæ in his prorogationis. præterea eſt ratio neque inelegans, neque iniqua, quæ eam prorogationem in his inhibeat. ea ratio eſt, quod criminales cauſæ magis ſpectant ad vindictam publicam, quam ad privatam utilitatem: & quamquam privatis optime jus fiat, cauſas ſuas pactis conventis in aliud forum transferre; (cum æquum ſit, eos eſſe privatæ arbitros utilitatis) non tamen iis dandum fuit, ut etiam publicam ultionem eo transferant, quo ipſis videatur, & hanc interim ſpecie legum prævaricando eludant.

Explicit. Liber II. de Jurisdictione & Imperio.

ELENCHUS

Capitum utriuſque libri de Jurisdictione & Imperio.

LIBRI PRIMI.

Cap. I. *Quid juriſdictio ſit, & quam late pateat.* Pag. 93

II. *Juriſdictionem & imperium tantum nominis ſono diſtingui. Ulpianus l. 3. D. de juriſdictione expoſitus, ſalva lectione hactenus recepta.* 94

III. *Quo ſenſu Ulpianus & Paulus imperium & juriſdictionem diſtinxerint l. 4. D. de juriſdictione, & l. 26. pr. & 1. D. Ad municipalem.* 96

IV. *De mero imperio, ſeu gladii poteſtate. id quo ſenſu merum dicatur, & a mixto imperio ſeparetur. Cognitionem & decretum meri imperii partem facere.* 97

V. *Mixti imperii partes duas eſſe, decretum, & judicis dationem.* 99

VI. *De origine ejus diviſionis: antiquam eſſe, & cum urbe Roma cœpiſſe.* 99

VII. *Prætorem in quibuſdam cauſis per ſe cognoviſſe, in quibuſdam per judicem datum, tertium genus nullum fuiſſe. l. 2. C. de pedaneis judicibus diſpuncta.* 100

VIII. *Prætorem de jure, deque æquo & bono, Judicem de facto judicaſſe, & quemadmodum.* 101

IX. *Utrum liberales cauſæ fuerint ordinarii juris, an extraordinarii, plena & accurata diſputatio. l. 2. C. de ordine judiciorum expoſita, & quædam alia.* 103

X. *De decreto. Prætorem alia pro tribunali, alia de plano definiiſſe. Et quid ſit de plano cognoſcere, quid pro tribunali, quid per libellum. Summatim & de plano non ſemper idem fuiſſe. De diſpoſitione dierum conventus, & ordine cognitionum, deque humanitate, aut peregrinis & longe venientibus, aut militibus, extra ordinem exhibenda. Ulpiani & Senecæ tentatus locus.* 104

XI. *Pro tribunali nihil potuiſſe cognoſci ſine Conſilio. Pro tribunali Prætorem, ſimul Conſilium, ſediſſe. Conſiliarii ſeu Aſſeſſores an & quemadmodum Judices appellati.* 106

XII. *Prætorem Romæ aut Decemviros litibus judicandis aut Centumviros, Præſidem in provincia Recuperatores viginti, in Conſilium adhibuiſſe. Decemvirûm judicium non*

fuiſſe ſeparatum a Prætoria cognitione. 107

XIII. De Judicum datione. Eos a Prætore aut Præſide eligi ſolitos, & in album atque in decurias referri. Selectorum publicum & neceſſarium fuiſſe munus; niſi excuſarent ſe ob privilegium vel juſtam cauſam. Cum Judex dandus eſſet, non alium dari potuiſſe a Prætore, quam ſorte, atque ex Selectis. fuiſſe & ſine ſorte datum ex litigatorum conſenſu: & quæ in utroque genere fuerit differentia. Judicem, cum addiceretur, tantum notionem accepiſſe, nihil præterea: ſolitamque ei præſcribi Formulam cujus terminis includeretur notio & poteſtas ejus. An potuerit actor poſt litem conteſtatam aut emendare aut mutare actionem, aut ab ea deſiſtere, invito reo? & quid juris, ſi a Prætore impetraret in integrum reſtitutionem cauſa cognita? Item quid juris, ſi Judex Formulam egrederetur ex conſenſu litigatorum? Formulam fuiſſe aut anguſtam, aut latam. Hujus differentiæ effectus inſignis. 109

XIV. Ulpianus l. 7. D. de dolo malo emendatus. 113

XV. De litis conteſtatione & effectu ejus. Judex quomodo cognoſcat, & ubi? Imperator Alexander reſtitutus l. 10. pr. & §. 1. C. de fidejuſſoribus & mandatoribus: & reſponſum his quæ contra moventur. 114

LIBRI SECUNDI.

I. De mandata juriſdictione & ejus origine: item quid ſit mandare juriſdictionem. 118

II. Juriſdictionem vel univerſam mandari, vel ejus partem. parte mandata, quid juris? univerſa mandata, mandatum intelligi totum juris dicundi officium: quatenus tamen mandanti competit jure Magiſtratus ſui. quod ſi ei ſpecialiter lege defertur, non videri mandatum. 119

III. Quid ſit ſpecialiter aut nominatim delegari. 121

IV. An potuerit merum imperium mandari palam. Ad Papinianum l. 1. D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio. Extraordinarium mandatum quid ſit apud Ulpianum l. 6. D. de officio Proconſulis & Legati. 122

V. Merum imperium mandari potuiſſe ex permiſſu legis; ſed non alii, quam cui voluit Lex publici judicii, aut Princeps. Judex quæſtionis qualis fuerit, quæque ejus partes. 123

VI. Vicarium urbis Romæ ex Codicillis Principis merum imperium exercuiſſe, mandante Præfecto urbis: cognoviſſe & cum Præfecto. An Præfectus urbis potuerit merum imperium mandare alii, quam Vicario? & quid, ſi non eſſet Vicarius, atque ipſe morbo diuturno impediretur? 124

VII. An adoptio, emancipatio, & manumiſſio, mandari potuerint? Paulus l. 17. §. 1. D. de manumiſſis vindicta ex conjectura emendatus. 125

VIII. Tutelæ dationem aliis mandari potuiſſe, imo non potuiſſe. 126

IX. An mandatarius juriſdictionis tribunali uſus fuerit in cauſis cognitionis? 127

X. Mandatario fuiſſe poteſtatem Conſilii exercendi. Ulpianus emendatus & illuſtratus l. 2. D. de officio ejus cui mandata eſt juriſdictio, & l. 42. D. de verborum ſignificatione. 128

XI. An mandatarius habuerit poteſtatem Judicis dandi in cauſis ordinarii juris? & quando deſierit habere. Imperatoris Gordiani tentata reſtitutio in l. 5. C. de judiciis. 129

XII. De juriſdictione quæ prorogata appellatur. Eam confirmari Lege Julia privatorum judiciorum: naſci autem ex qualicumque expreſſa conventione, ſive nuda, ſive non nuda. 130

XIII. Prorogationem juriſdictionis etiam tacita conventione fieri; & hanc litis conteſtatione intelligi. Verba, poſt litem conteſtatam, expuncta in l. 4. C. de juriſdictione. 131

XIV. Si error aut metus in conventione intervenit, non videri juriſdictionem prorogari. Ad juriſdictionis prorogationem non deſiderari Prætoris conſenſum, ſed litigatorum. 132

XV. Oportere eum, in quem ſit prorogatio, juriſdictionem habere pro tribunali, aut aliam. Et quæ iſta? 132

GERAR-

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

AD

LEGEM AQUILIAM

LIBER SINGULARIS.

Editio quarta, prioribus emendatior.

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

AD

LEGEM AQUILIAM

LIBER SINGULARIS.

PRÆFATIO.

Titulus hujus libri vix deſiderat commendationem: plana legis Aquiliæ via & ad tuendam publicam diſciplinam opportuna. nam ut jam nihil dicam de dupli pœna qua inficiantium temeritatem laudabili ſeveritate caſtigat: ut non addam quoque, quod damnum injuria datum ſingulari exemplo taxat tanti, quanti res intra annum proximum, aut intra dies triginta proximos, fuerit plurimi: nonne ſufſecerit demonſtraturo providentiſſimæ legis utilitatem, eam occurrere non uni aut alteri damni formæ, ſed pleriſque quibus plebejorum humiliumque præſertim hominum ſervus, pecus, aliudve animal cicuris, feræve naturæ occidi, aut hæ res, cæteræve mobiles immobiles, viles, pretioſæ, ſolent uri, frangi, rumpi, injuria aliquando æqualium, ſæpe nobilium, potentiumve: quibus plebs de die & nocte, in urbe & ruri, in celebritate & ſolitudine, terra marique, hoc magis obnoxia eſt, quo magis illis a dignitate, opibus, aut natalibus, ſpes impunitatis, iſti ab obſcura & tenui conditione difficilior vindicta eſt? nec tamen Aquilia tantum plebi ſuccurrit, quamquam lata videtur ejus cauſa: ſed omnium peræque civium paci ac ſecuritati conſulit. nec magis diſtinguit, utrum damnum fiat dolo malo, an imprudentia: cui cauſam præbeat error, ira, ſævitia, ebrietas, avaritia, libido, imperitia, infirmitas, negligentia, laſcivia, aut alia vitia quæ humaniratem obſederunt hactenus, & obſidebunt porro. adeo ea lex qualemcumque arcet injuriam: a qua abhorreat pietas, & modeſtia, id eſt, veneratio humanæ conjunctionis. neque erraverit, qui dixerit, eam eſſe everriculum omnis non ſolum malitiæ, ſed etiam culpæ vel leviſſimæ; eoque fines ſuos non, ut pleræque ſolent leges, anguſta innocentia, ſed virtute & ſapientia, metiri: & cum illæ communi fragilitati multa indulgeant, quæ alioquin non probet ratio; hac nihil, niſi quod naturæ lege abſolvatur, innoxium haberi. qua re factum eſt, ut quam publice utilis eſt Aquilia, tam cognoſcendi voluptate jucunda ſit; Juriſque ſtudium non minus oblectare, quam adjuvare poſſit: ac ſive in factis elegantia & varietas quæratur; ſive in definitionibus prudentia ſervandæ humanæ ſocietatis, quidquid ab his laudatur, id ſuppeditet. Proinde viſa mihi eſt digna cujus primo & tertio capiti (ſecundum enim ignoratur) diligentiam interpretando adhiberem. fuit, cum cogitarem, etiam cæteris dare lucem: ſed, ſpero, erunt decora ingenia quæ non gravabuntur, ubi mea ſubſtitit mediocritas, inde laudis materiam petere. Interim ab auctore legis Aquiliæ, & numero capitum, faciam diſputandi initium.

CAPUT I.

Auctorem & capita legis Aquiliæ videri incerta.

Satis conſtat, legem Aquiliam plebiſcitum eſſe, auctoremque ejus Aquilium, Tribunum plebis, haberi *l.* 1. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.* Sed, quia plebiſcita lege Hortenſia legis vim accepere, quid mirum, plebiſcitum legis appellatione contineri? Atque id vulgo notum. hoc nulli; quis ille Aquilius fuerit. Eſſe ſcio, qui cenſeant, fuiſſe Gajum Aquilium Gallum, cui Aquiliana ſtipulatio, & de dolo malo, aliæque formulæ debentur. Sed nihil extricant: quamquam ſibi Aquilii ſono nominis blandiuntur. id enim non proprium unius hominis aut familiæ, ſed commune gentis Aquiliæ eſt: ex qua & plures Tribunos plebis in annalibus producit Pighius, adde, quod vetuſtior lex Aquilia eſt, quam ut auctorem ferat Gajum Aquilium Gallum; maxime facta comparatione ætatis Bruti & Q. Mucii, qui ejus interpretes laudantur *l.* 30. *&* *l.* 27. §. 22. *D. Ad legem Aquiliam:* quorum illum ante Gallum Aquilium vixiſſe, iſtum Galli Aquilii præceptorem fuiſſe, jam dudum obſervarunt eruditi homines ex Pomponio *l.* 2. §. 39. 40. 41. *&* 42. *D. de origine juris.*

Æque non liquet mihi, quot fuerint legis Aqui-

Aquiliæ capita: etſi Theophilo ſedet *ad pr. Inſt. de lege Aquilia*, tantum tria fuiſſe: quorum mentio *l.* 1. *pr. l.* 27. §. 4. & 5. *D.* & *pr.* §. 12. & 13. *Inſt. eod. tit.* Sed ut putem, plura fuiſſe, movet me, quod Imperator Juſtinianus addidit caput de damni injuria noxali actione §. 4. *Inſt. de noxali actione.* Etiam prodidit Gajus *l.* 2. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam* caput de inficiatione: eoque reſpicit ſequens Ulpiani Inſcriptio ſub *Tit.* 2. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum. Ulpianus lib.* XIX. *ad Edictum ſub tit. Si fatebitur injuria occiſum eſſe in ſimplum.* Quamquam ea Inſcriptio in vitio eſt, ut Pithœus vidit, & ſic diſpungenda. *Ulpianus lib.* 18. *Ad Edictum ſub* &c. Arguit id Inſcriptio *l.* 27. *D. Ad legem Aquiliam:* in cujus §. 17. extat idem Ulpiani locus, qui in *d. Tit.* 2. refertur. Adhæc meminit Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. de ſervo corrupto* capitis ex eadem Lege de actione ſervi corrupti: cujus veſtigium V. CL. Claudius Chifletius, *Diſquiſitione de ſecundo capite legis Aquiliæ*, in his Plauti ſectatur verbis, quæ ſunt in *Pœnulo act.* 3. *ſc.* 4.

Vidiſtis, leno cum aurum accepit? AD. *vidimus.*
AG. *Eum vos eſſe meum ſervum ſcitis?* AD. *ſcivimus.*
AG. *Rem adverſus populi ſæpe leges?* AD. *ſcivimus.*

Sed fruſtra: quam enim Plautus vocat Populi Legem, non eſt lex Aquilia de ſervo corrupto, ſed lex XII. Tabularum de furto nec manifeſto. ex ea fingitur Agoraſtocli nata eſſe actio in duplum adverſus lenonem, qui videbatur ei furtum feciſſe inficiatione recepti ſervi & argenti ad eum pertinentis. Plautum audi eadem ſcena.

AG. *Si exierit leno, cenſetis hominem interrogem,*
Meus ſervus ſi ad eum venerit, nec ne? AD. *quippini?*
AG. *Cum auri ducentis nummis Philippis.* AD. *quippini?*
AG. *Ibi extemplo leno errabit.* AD. *qua de re?* AG. *rogas?*
Quia centum nummis minus dicetur. AD. *bene putas.*
AG. *Alium cenſebit queritari.* AD. *ſcilicet.*
AG. *Extemplo denegabit.* AD. *juratus quidem.*
AG. *Homo furti ſe adſtringit.* AD. *haud dubium id quidem eſt.*

Ex *act.* 1. *ſc.* 1.

MI. *Rogato, ſervos veneritne ad eum tuus.*
Ille me cenſebit queri. continuo tibi
Negabit. quid tu dubitas, quin extemplo
Dupli tibi auri & hominis fur leno fiet?

Illud non addiderim, etſi multis videtur, etiam lege Aquilia nominatim fuiſſe cautum de intercepta utilitate: neque id putem colligi ex Plinii verbis, quæ de anthia piſce, & quomodo is capiatur, extant hunc in modum *lib.* 9. *Hiſtoriæ naturalis c.* 59. *Conciliatorem noſſe ad hoc prodeſt, ne capiatur. Parcit piſcator fugituro in reliquum gregem. ferunt diſcordem ſocium duci inſidiatum pulchre noto cepiſſeque malefica voluntate: agnitum in macello a ſocio, cujus injuria erat, & dati damni formulam editam, condemnatumque: addidit Mutianus æſtimata lite decem libris.* Sed enim Plinii verba alio pertinent: ego ſane ea imputem interpretationi horum verborum tertii capitis legis Aquiliæ, *Quanti ea res erit:* qua placuit, damno injuria dato, non tantum ruptum æſtimari corpus, ſed hoc præterea quod actoris intereſt, non fuiſſe ruptum.

CAPUT II.

Caput primum legis Aquiliæ reſtitutum. id caput perſequi cædem ſervi aut pecudis. Hominem pro ſervo dici. Si liber homo occiſus ſit, directam legis Aquiliæ actionem ceſſare: ſed utilem receptam videri exemplo elegantis Decreti Taurini Egnatii Proconſulis Bæticæ, & ſubſequuti Reſcripti Divi Hadriani. Ulpianus declaratus l. 7. §. 4. D. Ad legem Aquiliam. Pecus in lege Aquilia quid? Ad l. 2. §. 2. D. eod. tit.

Expoſui quæ de legis Aquiliæ nomine, auctore, & capitibus habui dicere: venio ad verba capitis primi. ea verba fuerunt, ſi quidem vere Gajus *l.* 2. *D. Ad legem Aquiliam.*

Qui ſervum ſervamve alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum æs dare domino damnas eſto.

Sic Gajus. ſed primum probo conjecturam horum, qui pro *quadrupedem vel pecudem* reponunt *quadrupedemve pecudem.* legem enim Aquiliam primo capite de homine & pecude loquutam eſſe, patet ex capite ejus tertio quod eſt in *l.* 27. §. 2. *D. eod. tit.* præterea ait Juſtinianus, cautum eſſe capite primo, *Si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero ſit, injuria occiderit, pr. Inſt. de lege Aquilia.* Id primum obſervandum: hoc deinde, legem Aquiliam non *domino*, ſed *hero*, vel, ut in Pandectis Florentinis eſt, *ero* dixiſſe, Ulpiano teſte: qui id verbum interpretatur *l.* 11. §. 6. *D. eod. tit.* Sed quia eſt minime inſolens, Veteres in recitandis Legibus magis earum ſententia uti, quam verbis, idque multis oſtendi poteſt, non his pluribus immorabimur.

Potius videbimus, quando locus ſit capiti primo legis Aquiliæ. & apparet, tum eſſe,

ſi

ſi quis alienum ſervum, alienamve ſervam, quadrupedemve pecudem, injuria occiderit: ſic enim ſonant ejus verba. *Qui ſervum ſervamve alienum alienamve, quadrupedemve pecudem injuria occiderit.* Primum ait lex, *Servum ſervamve alienum alienamve.* Imperator Juſtinianus *pr. Inſt. de lege Aquilia* in recitatione hujus capitis meminit *Hominis alieni.* ipſa quoque lex Aquilia inſit tertio capite, *Cæterarum rerum præter hominem & pecudem occiſos l. 27. §. 5. D. Ad legem Aquiliam.* Sed utrimque hominem pro ſervo accipe: ut in illo Lampridii, *Alexandro Severo c. 23. De omnibus hominibus per fideles homines ſuos ſemper quæſivit:* pro, per fideles ſervos ſuos. Eodem ſenſu Imperator *§. 9. Inſt. de lege Aquilia, Si quis,* inquit, *hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luſcus erit, occiderit:* id eſt, ſervum tuum. Honorius quoque & Theodoſius *l. ult. C. Quod cum eo qui in aliena poteſtate eſt.* Verba Honorii & Theodoſii. *Dominos ita conſtringi manifeſtum eſt actione prætoria, quæ appellatur quod juſſu, ſi certam numerari præceperint ſervo actorive pecuniam. Igitur ſancimus, ut qui ſervo, colono, conductori, procuratori, actorive poſſeſſionis pecuniam commodat, ſciat dominos poſſeſſionum, cultoreſve terrarum obligari non poſſe: neque familiares epiſtolas, quibus homines pleramque commendantur abſentium, in id trahere convenit.* Ita legendum ex *l. unic. Cod. Theod. Quod juſſu.* Sed vulgo editur, *quibus homines plerumque commendant abſentem.* quam ſcripturam Triboniano imputat V. Cl. Jacobus Gothofredus; cauſatus, eum fugiſſe, *abſentium homines* pro abſentium ſervis dici. Sed non tam imperitus fuit uſus ejus vocabuli Tribonianus, ut is error illi potius, quam Scribæ librario, imputandus videatur.

Quidquid erit; lex Aquilia tantum loquitur de ſervo, non etiam de homine libero. nempe, quia vult, domino ſarciri damnum injuria datum; liberum autem corpus, paterfamilias, verbi gratia, neque dominum habet, neque æſtimationem recipit *l. 13. l. 36. §. 1. D. Ad legem Aquiliam. l. 1. §. 5. D. de dejectis & effuſis.* filius etiam familias etſi quodammodo ſit in dominio patris ſui, ab eoque vindicari poſſit ex jure Quiritium; (ut præter Ulpianum *l. 1. §. 2. D. de rei vindicatione* oſtendit Lactantius *lib. 4. Divin. inſt. c. 3.* & Dionyſius Halicarnaſſeus *lib. 8. Antiq. Rom. c. 13.*) tamen quia alioquin habet liberum caput, (ut Ulpianus loquitur *tit. XI. §. 5.*) ſi occiſus ſit, quantum ad corporis æſtimationem attinet, Aquilia ceſſat: quemadmodum, ſi filiumfamilias vulneravit quadrupes, ceſſat directa actio Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur *l. 3. D. Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.* Sed quod ad impenſas medicinæ ſpectat, aut ad mercedes Medicorum, aut ad operas, quibus pater caret, & cariturus eſt propter occiſum filium, dubitari poſſit, ne patri utilis actio quaſi ex mente legis dari debeat. Quod cum Ulpianus in vulnerato probet ex capite tertio *l. 5. §. ult. l. 7. D. Ad legem Aquiliam:* quid ni, ſi occiſus ſit, vel ſtatim, vel poſt tempus, ex primo ſtatuas? Atque huc tendit Decretum quoddam Taurini Egnatii, quod a Divo Hadriano comprobatum, neſcio, an huic actioni ac juri forte & exemplum præbuerit & initium. Ejus Decreti & Reſcripti verba, quia habent pulchram & elegantem definitionem, adſcribam ex *Collatione Legum Moſaicarum & Romanarum Tit. 1.* Sunt autem hæc. *Ulpianus libro & titulo, quo ſupra. Cum quidam per laſciviam cauſam mortis præbuiſſet, comprobatum eſt factum Taurini Egnatl Proc. Bæticæ a Divo Hadriano, quod eum in quinquennium relegaſſet. Verba conſultationis & reſcripti ita ſe habent. Inter Clodium, Optime Imperator, & Euariſtum cognovi, quod Clodius Lupi filius in convivio, dum ſago jactatur, culpa Marii Euariſti ita male acceptus fuerit, ut poſt diem quintum moreretur, ac, quamvis apparebat nullam inimicitiam cum Euariſto fuiſſe, nec cupiditatis culpam, coërcendum credidi, ut cæteri ejuſdem ætatis juvenes emendarentur. Ideoque Mario Euariſto urbe Italia provincia Bæticæ in quinquennium interdixi, & decrevi, ut impendii cauſa duo millia patri ejus perſolveret Euariſtus, quod manifeſta ejus fuerat paupertas. Verba reſcripti. Pœnam Marl Euariſti recte Egn. Taurine moderatus es ad modum culpæ. refert enim & in majoribus delictis conſulto aliquid admittatur, an caſu. & ſane in omnibus criminibus diſtinctio hæc pœnam aut juſtam provocare debet, aut temperamentum admittere.* Hæc Ulpianus: ex quo apparet, Taurinum Euariſto, qui per laſciviam præbuerat cauſam mortis Clodii, Lupi filii, non tantum urbe, Italia, provinciaque, in quinquennium interdixiſſe, ſed præterea decreviſſe, ut is defuncti patri pro impendiis duo millia perſolveret, idque a Divo Hadriano approbatum eſſe. quod his, quæ dixi, convenit.

Neque abborret a ſequente Ulpiani definitione, quæ eſt in *l. 7. §. 4. D. Ad legem Aquiliam.*

> *Si [quis] in colluctatione, vel in pancratio, vel pugiles dum inter ſe exercentur, alius alium occiderit, ſiquidem in publico certamine [alius alium occiderit] ceſſat Aquilia: quia gloriæ cauſa & virtutis, non injuriæ gratia videtur damnum datum. Hoc autem in ſervo non procedit: quoniam ingenui ſolent certare: in filiofamilias vulnerato procedit. Plane, ſi cedentem vulneraverit, erit Aquiliæ locus, aut ſi non in certamine ſervum occiderit, niſi domino committente hoc factum ſit: tunc enim Aquilia ceſſat.*

Proponitur publicum certamen: hoc ipſum non ſervorum, ſed ingenuorum. in eo certamine alter alterum occidiſſe dicitur: & quæritur, an legi Aquiliæ locus ſit? id vero negat Ulpianus; & addit, quia gloriæ cauſa & virtutis, non injuriæ gratia, damnum datum

videtur. Hoc, ſi homo ingenuus in publico certamine non injuria occiſus ſit. Quid, ſi injuria? mihi dubium non eſt, quin Ulpianus adhuc faciat legi Aquiliæ locum: nam aliter ſtatuentibus, inanis quæſtio ſit; an, ſi homo ingenuus in publico certamine non injuria occiſus ſit, lege Aquilia agi poſſit. Sic mihi videtur, & ſequentia verba, *Hoc autem in ſervo non procedit: quoniam ingenui ſolent certare: in filiofamilias vulnerato procedit. Plane, ſi cedentem vulneraverit, erit Aquiliæ locus, aut ſi non in certamine ſervum occiderit*, (ſi modo hoc, *vulnerato*, Ulpiani ſit, non Interpretis, imprudenter diſtinguentis ſequens illud, *vulneraverit*, in perſona filiifamilias, &, *occiderit*, in perſona ſervi: de quo dubito) non ſic eſſe exaudienda, quaſi hoc jus in homine quidem ingenuo injuria vulnerato procedere velint, ſed non in homine ingenuo injuria occiſo: præſertim quia totus Ulpiani ſermo jam inde ab initio ſpectat ad ingenuum hominem occiſum, non autem ad ingenuum hominem vulneratum: iſtud quoque verbum, *vulneraverit*, non pertinet huc, ut hominem liberum occiſum a vulnerato diſtinguat, aut certe vulnus ejus ſine cæde indigitet: nam ſi hoc ageret Ulpianus; quid illi opus erat, de filiofamilias nominatim reſpondere? cum & paterfamilias, ſi injuria vulneratus ſit, ſuo nomine habeat utilem legis Aquiliæ actionem *l.* 13. *D. Ad legem Aquiliam.* Non igitur voluit Ulpianus inquirere; utrum in homine ingenuo tantum vulnerato, an etiam occiſo, procederet prior definitio: verum voluit inquirere, utrum ea definitio ſatis procederet in filiofamilias; qui in certamen deſcenderit, non committente patre in cujus erat poteſtate: quia aliqua vel in eo ſupererat dubitatio, propter imaginem ſervi quam repræſentat patria poteſtas, dominicæ non abſimilis: ut Lactantius auctor eſt *lib.* 4. *Divin. inſt. c.* 4.

Deinde ait lex, *Quadrupedemve pecudem.* Ut igitur apparet, ſervis noſtris exæquat quadrupedes: non omnes quidem, ſed quæ pecudum numero ſunt. dicitur autem, ut Varro ait, pecus ab eo, quod perpaſcat. Juſtinianus definit, quod proprie paſci dicitur §. 1. *Inſt. de lege Aquilia.* Marcianus, quod gregatim paſcitur *l.* 65. §. 4. *D. de legatis lib.* 3. Gajus quod gregatim habetur *l.* 2. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam:* id eſt, quod ſub paſtoris cura habetur ad humanum uſum. Hoc ſenſu Servius ad Virgilii *lib.* 4. *Æneid. verſ.* 158. ait, pecora ea eſſe quæ non ſylveſtri, ſed humano, uſui aluntur. Iſidorus vero *lib.* 12. *Origin. c.* 1. ſcribit, pecus generaliter quidem dici omne quod humana lingua & effigie caret, proprie vero accommodari iis animalibus quæ ſunt aut ad veſcendum apta, ut oves & ſues, aut uſui hominum commoda, ut equi & boves. Quod ait, ut oves & ſues, bene habet: nam & ſues pecudum numero contineri, Gajus auctor eſt *d. l.* 2. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam*, & Imperator §. 2. *Inſt. eod. tit.* Quid de beſtiis dicemus? ait Gajus *d. loc. Canis inter pecudes non eſt, longe magis beſtiæ in eo numero non ſunt, veluti urſi, leones, pantheræ.* Quamquam nil improbem, canem a beſtiis diſtingui: cum videam, beſtiam pro fera beſtia accipi apud Ulpianum *l.* 1. §. 10. *D. Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur:* tamen nec repugnem, ſi quis ſcribat, *longe magis feræ beſtiæ:* quia ſic præit Juſtinianus §. 1. *&* §. 13. *Inſt. de lege Aquilia.* Præterea Iſidorus tradidit *lib.* 12. *Origin. c.* 2. beſtiarum vocabulum proprie convenire leonibus, tigribus, pardis, & vulpibus, canibuſque, & ſimiis, & cæteris, quæ vel ore vel unguibus ſæviunt, exceptis ſerpentibus; beſtias autem dictas a vi, qua ſæviunt. Utcumque erit, lex Aquilia hoc capite loquitur de occiſa pecude, non etiam de beſtia. De elephantis & camelis videamus. movet hinc, quod dorſo collove domantur, pariterque ut pecudes habentur ad humanum uſum: movet inde, quod eorum fera natura eſt. Sed placet Gaji definitio, mixtos eſſe, & quia jumentorum operam præſtant, quamvis feræ naturæ ſint, tamen capite primo contineri *l.* 2. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam.*

CAPUT III.

In lege Aquilia quidem coërceri cædem; ſed non aliam, quam injuria factam. injuriam autem accipi omne non jure factum, in quo culpa qualis qualis arguitur; etſi dolus non ſit. quod ſi aut jure aut caſu cædes facta ſit, non videri injuriam.

Deinde ait lex, *Qui injuria occidit.* Injuria occiſum eſſe merito adjicitur: non enim ſufficit, occiſum; ſed oportet injuria eſſe factum *l.* 3. *D. Ad legem Aquiliam.* Proinde ubi jus apparet, quia injuria non eſt, inhibenda Aquilia eſt. Idem, ſi caſus probatur, ſed merus: qui neceſſitatem habet; neque homini imputatur, ſed fato; &, cum ultra humanum modum ſit, non humanitate modo, ſed & lege Aquilia, excuſatur §. 2. *&* 3. *Inſt. de lege Aquilia.* non enim credendum eſt, plebem Romanam, quæ, Aquilio Tribuno plebis interrogante, hanc legem juſſit, voluiſſe, ſe teneri de caſu; quem aut prævidere non poſſet; aut ſi prævideret, non poſſet ulla diligentia prævenire. Sed ut lex parcit neceſſitati quæ culpa caret; ſic neque deſiderat dolum malum qui conſulto & deliberato fit: id eſt, demum in-

integra voluntate abſolvitur. At coërcet omnem non jure factam cædem quæ animo, non quidem improbo, ſed imprudente, ſive, ut Ulpianus interpretatur, ſi contra jus, hoc eſt, culpa vel leviſſima facta ſit *l.* 5. §. 1. *l.* 44. *D. Ad legem Aquiliam.* Adeo ſi non potuit facientis induſtria præveniri, aut ſi potuit, præter eius officium fuit: ut ſi, quod fecit, ejus jus illi in eum hominem, atque ad eum modum, & in eo loco fuit, denique ſi non poteſt id ab homine ſapiente & modeſto jure reprehendi, non erit injuria: ſed ſi præveniri potuit, atque ut id fieret, ad occidentis officium pertinuit, ut ſi ei jus in eum hominem, ſi ad eum modum, ſi in eo loco non fuit, & proindea viro bono ac ſapiente jure caſtigari poſſit, magis injuria dicetur. Fuerit pretium operæ, eam rem paucis, ſed elegantibus, exemplis demonſtrare.

CAPUT IV.

Eum qui facit id, cujus jus habet, non facere injuria. Quid, ſi quis ſervum alienum adulterum deprehenſum occidat? quid, ſi latronem ſibi vim inferentem? quid, ſi alium? quid, ſi latronem occidat, ſed modum egreſſus? Legis Aquiliæ, Legis Numæ, & Corneliæ de ſicariis, egregia & nobilis differentia.

Primum, ſi quis facit id cujus jus habet, non videtur injuria facere §. 2. *Inſt. de lege Aquilia:* ut ſi maritus adulterum deprehenſum alienum ſervum occidit *l.* 30. *D. eod. tit.* quod lex Julia ei indulget: utique, ſi domi ſuæ deprehenſum occidit: ut bene Macer *l.* 24. *D. Ad legem Juliam de adulteriis*, & Paulus *lib.* 2. *Sent. t.* 27. quod ſi alibi occidit; ſine lege occidit, & ideo injuria videtur. Quintilianum audi *lib.* 5. *Inſt. orat. c.* x. *Occidiſti*, inquit, *adulterum, quod lex permittit, ſed quia in lupanari, cædes eſt.*

Similiter non videtur injuria facere is, qui latronem aut quemcumque alium ferro ſe petentem occidit. nil enim eſt natura iniquius, quam hominem vim facere homini: nil juſtius, quam eum qui vim facit, vi repellere. an quis neſcit, rerum naturam unumquemque ſtatim ac natus eſt, in primis ſibi commendare: prorſus, ut compellat eum, ſequi quod ei bonum, ac declinare quod ei malum, videtur? proinde ſi vitam, ſi corpus, ſi membra ſua, adverſus vim ac pericula tueatur: quid cauſæ fuerit; ne, quod ad ſui conſervationem facit impellente natura, jure naturæ facere exiſtimetur? Atque hoc certum; cum naturam ſequimur, nondum inventis judiciis, neque adhuc compoſito civili jure. imo & poſt hæc; quoties neque judiciis, neque legibus, locus eſt. nam etſi conjunctione humanæ ſocietatis, quo magis naturali omnium æqualitati conſuleretur, recte atque ordine placuerit, deinceps de ſuo quemque jure non privata vi, ſed legibus judiciiſque, experiri: non patitur tamen ratio, hanc conventionem ultra habere effectum, quam ea juris ſocietas a ſingulis poſſit legibus ac judiciis obtineri. nam ſi non poſſit; deficit cauſa, ob quam fuit viſum omnibus, a naturali tuendi ſe libertate recedere: nec reſtat, niſi ut quiſque jus quod a natura accepit ad ſui conſervationem, nec ulla jam imminuit conventione, merum atque integrum habere intelligatur. Et certe ſi quid ſtrictius interpretemur: quid futurum erit; niſi ut ei qui, alio vim faciente, malit jure judicioque, quam naturali defenſione, uti; ante patienda ſit vis injuſta, quam ei legibus judiciiſque ſuccurri poſſit? Igitur qui latronem aut quemcumque alium ferro ſe petentem occidit, non videtur eum injuria occidere: quia vim vi defendere omnes leges, omniaque jura, permittunt: uti vere Paulus *l.* 45. §. 4. *D. Ad legem Aquiliam*, Gajus *l.* 4. *D. eod. tit.* & Cicero *pro Milone*. Atque id certum eſt, cum illum ferit qui vim intulit: ſed ſi, cum vellet hunc percutere, alium quem prætereuntem percuſſit, ambigi poteſt, quid dicendum ſit: neque enim jus fuit, alium percutere, quam quem licebat: neque injuria, cum voluit ferire illum in quem jus erat, ſed ictum caſus alio vertit. quia tamen lex injuriam non propoſito metitur, ſed imprudentia: magis erit ea in ſpecie, ut caſus culpæ cohæreat, & ideo injuria intelligatur. Hoc ſane Paulus cenſet *l.* 45. §. *ult. D. Ad legem Aquiliam.* Sed aliter Cicero in *Topicis ad Trebatium, Jacere*, inquiens, *telum voluntatis eſt, ferire, quem nolueris, fortunæ. Ex quo aries ille ſubjicitur in veſtris actionibus, ſi telum manu fugit magis, quam jecit.* Videtur velle, ſi in alium jaciatur telum, ſed alius feriatur, & lege Aquilia agatur, arietem ſubjici: id eſt, exceptionem opponi, qua vis legis Aquiliæ infringatur. ſic enim Cujacius interpretatur: & adjicit, exceptionem actioni ſubjici; quod utraque ſimul a Prætore detur; quodque actioni uno tenore & contextu addatur exceptio. Idem Balduino ſedet: quamquam is tum arieti facit locum, cum culpa nulla arguitur; & addit, verbum rei militaris ad forum transferri. Sic illi. ſed videamus, ne uterque erret toto cœlo. non enim reſpicit Cicero ad legem Aquiliam, in qua homine ſervo injuria occiſo privata & civili actione agitur: ſed ad legem Regis Numæ, quæ vult eum qui liberum hominem ſciens morti dedit, pro parri-

S 3 cida

cida haberi, id eſt, pœna capitali affici: ſin telum manu fugit, id eſt, ſi imprudens occidit; patitur, cum in concione offerre arietem qui eum crimine homicidii abſolvat: ut Feſtus refert in *Parici quæſtores*, & Servius ad Virgilii *Eclog.* 4. *verſ.* 43. vel, ut Antiſtius inſit apud Feſtum in *Subigere arietem*, qui pro eo cædatur, agatur. Ex quo apparet, arietem apud Ciceronem non a re militari, ſed a jure civili, peti; neque adverſus legem Aquiliam, homine ſervo injuria occiſo, ſed adverſus legem Numæ, cum homo liber imprudenter occiſus eſt, ſive exceptionem, ſive defenſionem, ſignificare. Atque id eo probabilius dico: quia ipſe Cicero *lib.* 3. *De oratore* illud, Si telum manu fugit, imprudentiam emiſſi teli interpretatur. Igitur qui hominem percuſſit defenſionis cauſa, is ſi alium percuſſit, quam qui ei vim intulit, injuria percuſſit, & ideo legi Aquiliæ obnoxius fit: quod ſi eumdem percuſſit, jus eſt, injuria non eſt, & ideo hac lege innoxius habetur.

Utique, ſi periculum aliter effugere non potuit. eo enim temperamento (quod Diocletianus & Maximianus *l.* 1. *C. unde vi* vocant inculpatæ tutelæ moderationem) utitur Juſtinianus §. 2. *Inſt. de lege Aquilia.* idemque in oculis fuit Paulo *l.* 45. §. *ult. D. eod. tit.* ſi recte legatur locus. nam Florentiæ, & apud Haloandrum, caret ſenſu. Ego (quod ſuadent Græci, *Baſilic. lib.* 60. *tit.* 3. *pag.* 61. *tom.* 7.) ſcribo, *Qui cum aliter ſe tueri non poſſunt, damnum dederint, innoxii ſunt.* Sic Paulus. & laudo: bono viro numquam probabili hominis cæde quæ non eſt neceſſaria. Itane vero? dicat aliquis. tu vis parci latroni qui non pepercit alteri? at primum ipſe quod fecit, paſſus eſt. deinde ſit aliqua etiam ſe ulciſcentis culpa: tamen major eſt latronis, alium injuſte aggredientis; quam hujus qui vim injuſtam acrius atque immodeſtius a ſe arcet laceſſitus. accedit, quod arbitrii latronis fuit, re adhuc integra; ne alii offerret periculum, ſimul cauſam, qua extra ſe conſtitueretur. ſed qui in hujus arbitrio fuit; ne latronis ſcelere fieret mentis expers, neve ſe deinceps magis impetu, quam ratione, tueretur? poſtremo ſic ait Cicero, *Topicis d. loco*, *Cadunt etiam in ignorantiam atque imprudentiam perturbationes animi; quæ quamquam ſint voluntariæ, objurgatione enim & admonitione dejiciuntur, tamen habent tantos motus, ut ea, quæ voluntaria ſunt, aut neceſſaria interdum, aut certe ignorata videantur.* Sic Cicero. Sed mihi placet, ſi tantum latronem intuemur & hunc quem latro aggreſſus eſt, nullo extrinſecus adſumpto: haud quidem negandum eſſe, eum qui propter inſidias ſuas occiſus eſt, etſi ei parci potuit, jure occiſum eſſe; utique, quod inſidias ejus inſequutum eſt, magis ei, quam huic qui eum occidit, imputandum videri: ſed ſi juris civilis judiciorumque finem ac rationem inſpicimus; longe verius dici, neque iræ illius quem aggreſſus eſt latro, hactenus indulgendum eſſe: ut, quod ſe ulciſcendi magis, quam defendendi, ſtudio facit, id præter viri boni & ſapientis reprehenſionem facere videatur. at enim ira & ultio habent vehementem ac ſubitum animi motum, & prope neceſſitatem atque ignorantiam. tamen cum nil ſectantur præter ſolatium illatæ injuriæ, fere inanes ſunt. quid, ſi præterea aliqualem produnt ſive imprudentiam ſive voluntatem, ſapientiæ admonitione emendabilem; (ut pulchre animadvertit Juvenalis *ſat.* 13. *verſ.* 180. *& ſeqq.*) atque ideo ad ſeveritatem legis Aquiliæ pertinent? legis, inquam, Aquiliæ: nam ad legem Numæ cui Corneliam de ſicariis comparamus hac in parte, non pertinent: quia non ut lex Aquilia, ita lex Numæ, aut Cornelia, perſequitur cædem quæ injuria, id eſt, culpa aut imprudentia, ſed quæ a ſciente dolo malo, id eſt, integra voluntate, facta eſt: prorſus ut, ſi qua improviſa animi perturbatione contigerit, quamvis quali quali voluntate facta ſit, his tamen in legibus magis caſu & neceſſitate, quam ſponte & voluntate, facta cenſeatur. idque, opinor, Cicero voluit in *Topicis d. loc.* cum animi perturbationem non quidem imprudentia abſolvit, ſed dolo: & quamquam non neget, ei ineſſe qualem qualem voluntatem quæ objurgatione facile dejiciatur, eam tamen ignorationi ac neceſſitati annumerat.

CAPUT V.

Ulpianum l. 5. *D. Ad legem Aquiliam, & Tit.* 7. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum*, Legem Corneliam *pro* Aquilia *imprudentem dixiſſe. Lex* XII *Tabularum de cæde furis nocturni expoſita. Pauli elegans Fragmentum declaratum.*

Quæ ſi ita ſunt; porro apparet, quid habendum ſit de Ulpiani Fragmento, quod eſt in *l.* 3. *&* 5. *D. Ad legem Aquiliam*, & aliquanto plenius in *Tit.* 7. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum*: in quo vix dubito, quin mentio legis Corneliæ aliud cogitanti exciderit: neque metuo: ne quis, utique ratione utens, aut moleſtius ferat, aut ad Ulpiani injuriam pertinere arbitretur, ſi & ratione & Veterum auctoritate victus, exiſtimem, eum virum, licet præclarum induſtria & eruditione, tamen non dicam ignorantia, ſed immemoria eſſe lapſum: utcumque, quidpiam humani paſſum. Verba Ulpiani ex *d. Tit.* 7. & *d. l.* 5.

In-

Injuria occiſum eſſe merito adjicitur: non enim ſufficit occiſum, ſed oportet injuria id eſſe factum. Proinde ſi quis ſervum latronem occiderit, lege Aquilia non tenetur, quia non injuria occidit. Sed & quemcumque alium ferro ſe petentem qui occiderit, non videbitur injuria occidiſſe. proinde ſi furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem ea quoque lex permittit; ſed ita demum, ſi ſe telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. Et Pomponius dubitat, num hæc lex non ſit in uſu. Et ſi quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum poſſet apprehendere, maluit occidere, magis eſt, ut injuria feciſſe videatur. ergo etiam lege Cornelia tenebitur. Injuriam autem accipere hic nos oportet non quemadmodum & circa injuriarum actionem contumeliam quandam, ſed quod non jure factum eſt, hoc eſt, contra jus, id eſt, ſi culpa quis occiderit. Et ideo interdum utraque actio concurrit & legis Aquiliæ & injuriarum: ſed duæ erunt æſtimationes, alia damni, alia contumeliæ. Igitur injuriam hic accipiemus damnum culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.

Univerſa hæc diſſertatio ſpectat ad interpretationem capitis primi legis Aquiliæ: cui ut locum faciat Ulpianus, deſiderat, ut ſervus ſit occiſus: amplius, ut injuria occiſus ſit. proinde negat, eum qui ſervum latronem occidit, quia jure occidit, lege Aquilia teneri. tum quærit, quid ſit, ſi quis occiderit quemcumque alium, quam latronem, puta furem nocturnum aut diurnum, ſervum tamen: ſic enim interpretor Ulpianum. primum, quia lex Aquilia nominatim de occiſo ſervo loquitur. deinde, quia inepte collegeris, (tametſi id memini fieri) quia furis mentio fit hoc loco, ideo non fieri mentionem ſervi: furari enim tam proprium eſt ſervorum, ut Tacitus *lib.* 1. *Hiſtoriarum c.* 48. furtum ſervile probrum, Salvianus *lib.* 4. *De gubernatione Dei* ſervile vitium, Ulpianus *l. unic.* §. 5. *D. Furti adverſus nautas, caupones, ſtabularios* domeſticum malum, appellet; Virgilius etiam furem pro ſervo dicat, eumque a furto, quaſi ab officio, deſcribat, auctore Servio ad illud *Eclogæ* 3. *verſ.* 10.

Quid domini facient, audent cum talia fures.

Igitur ut ad rem revertar, hoc quærit Ulpianus, ſi quis quemcumque alium ſervum, quam latronem, puta furem nocturnum quoquo modo, aut furem diurnum ferro ſe petentem, occiderit, an lege Aquilia teneatur? Et non putat: quia is qui furem diurnum occidit, eum non injuria occidit, ſi modo eum in periculo & metu mortis occidit: idemque eſſe in nocturno fure, ſi non potuit, ſine periculo, aut ſervari aut apprehendi. Sed quid, ſi potuit? quærendi cauſa eſt, quia Lex Duodecim Tabularum, ut fur nocturnus jure cæſus videatur, tantum vult, eum noctu cæſum eſſe: ſane modum non addit; ſed, ſi Macrobio fides *lib.* 1. *Saturnal. c.* 4. ait ſimpliciter, *Sei. nox. furtum. factum. eſit. ſei. im. occiſit. joure. caiſus. eſto.* Igitur, ut Ulpianus exponit, *omnimodo*, vel, ut Cicero *pro Milone* loquitur, *quoquo modo* occiſus, jure cæſus videtur. Hæc quærendi cauſa: ad quam ita Ulpianus, *Et Pomponius dubitat, num hic lex non ſit in uſu.* Sic legendum, *hic:* non, ut paſſim, *hæc: hic* vero pro, hoc caſu, dicitur: ut apud eumdem Ulpianum in fine ſuperioris Fragmenti *d. Tit.* 7. *& d. l.* 5. §. 1. *& in l.* 49. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.* ſenſus autem: Et Pomponius dubitat, num lex Aquilia in hoc caſu non ſit in uſu: id eſt, (ut ſequente capite exponam hanc locutionem) & Pomponius putat, legem Aquiliam hoc in caſu ceſſare: denique Pomponius putat, eum qui furem nocturnum occidit quoquo modo, id eſt, etiam cum poſſet eum apprehendere & ſervare, non teneri lege Aquilia. Habes Pomponii ſententiam; ſed, ut vere viſum Ulpiano, patentem ultra, quam aut ſocietas humani juris, aut ratio legis Aquiliæ, patiatur. igitur ſedet Ulpiano, eam latitudinem quodammodo & coërcere & regere interpretatione; cum ſubjicit.

Et ſi quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum poſſet apprehendere, maluit occidere, magis eſt, ut injuria feciſſe videatur. ergo etiam lege Cornelia tenebitur.

Ulpianus vult, eum qui furem nocturnum metu mortis occidit, (ut bene interpretatur *l.* 5. *D. Ad legem Aquiliam*) quia jure fecit, lege Aquilia non teneri: ſed ſi illum, cum poſſet apprehendere, maluit occidere, quia etſi jure, ſeu licite, & lege impune, tamen ſine neceſſitate, atque adeo inhumane immodeſteque fecit, magis injuria feciſſe, & ideo lege Aquilia teneri. *lege*, inquam, *Aquilia:* ſic enim ſcribo, etſi in Pandectis & Legum Collatione conſtanter legatur, *lege Cornelia.* non enim quæſtio Ulpiano eſt de lege Cornelia, ſed de lege Aquilia: ut apparet non modo ex Inſcriptione aut argumento loci, quamquam & illa ſufficerent; ſed ex prioribus, & his claris, Ulpiani verbis, *Videamus, an lege Aquilia teneatur*, item, *Non dubitamus, quin lege Aquilia teneatur.* At cui veriſimile ſit, hominem egregium, & ſcribendi peritum, ſcientem velle, aliter reſpondere, quam ſibi ante propoſuit? His accedit, quod mox idem Ulpianus in eodem loco rurſus legis, non Corneliæ, ſed Aquiliæ, meminit *d. l.* 5. §. 1. Præterea ait, furem nocturnum, ſi occiſus ſit, cum illi parci poſſet, injuria occiſum eſſe: & injuriam autem interpretatur non utique dolum, ſed cædem non jure factam: id eſt, qualicumque imprudentia, ſeu culpa, etiam leviſſima *d. l.* 5. §. 1. *l.* 44. *D. Ad legem Aquiliam.* At in lege Cornelia neque imprudentia, neque culpa punitur, ne lata quidem: ſed tantum conſul-

ſultum & deliberatum, id eſt, tantum dolo malo factum homicidium *l. 7. D. Ad legem Corneliam de ſicariis.* Et ita eſt: qui maluit, furem nocturnum occidere, quam cum poſſet, apprehendere & ſervare, is quia hominem ſine neceſſitate occidit, fecit quidem præter officium viri boni, & hominum exiſtimationem, atque ipſam humanitatem, reverentis: hujuſque ſive culpæ, ſive imprudentiæ, ſive injuriæ, nomine & communi humanitati, & legi Aquiliæ, obligabitur: ſed quia animi motus eum abſolvit a dolo & propoſito, neque Lex Duodecim Tabularum inhibet eam furis cædem, legi Corneliæ de ſicariis non obligabitur. Hoc ſane Cicero indicat *Pro Milone:* nam de Cornelia ſentit? cum ſic loquitur. *Quod ſi duodecim tabulæ nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, ſi ſe telo defenderit, interfici impune voluerunt, quis eſt, qui quoquo modo quis interfectus ſit, puniendum putet?* Sic Cicero: addo, Paulus *lib. 5. Sententiarum,* & (quod notandum) *ſub Titulo, Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficis:* ſic enim habet Inſcriptio *d. Tit. 7. Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.* Verba Pauli. *Si quis furem nocturnum, vel diurnum cum ſe telo defenderet, occiderit, hac quidem lege non tenetur, ſed melius fecerit, qui eum comprehenſum, tranſmittendum ad Præſidem Magiſtratibus obtulerit.* Negat Paulus, eum qui furem nocturnum quoquo modo, vel diurnum, cum ſe telo defenderet, occiderit, lege Cornelia teneri. verum quia anguſta innocentia eſt, ad legem bonum eſſe, & latius patet officiorum, quam juris regula, multaque pietas, humanitas, juſtitia, exigunt quæ extra publicas tabulas ſunt, (ut pulchre & ſapienter ait Seneca *lib. 2. De ira c. 27.*) ideo putat Paulus, viro bono non tam, quid ei legibus licitum ſit adverſus furem, quam quid honeſtum ſit, animadvertendum eſſe: denique, melius, id eſt, humanius & civilius facturum: ſi furem, cum jure poſſet, non occiderit, ſed comprehenſum, tranſmittendum ad Præſidem Magiſtratibus obtulerit. Sed liquet, Paulum & neceſſitatem legis, & officium viri boni, non deſcripſiſſe tantum, ſed & diſtinxiſſe: prorſus eodem modo quo Cicero; cum inſit *pro Quintio. Jugulare civem ne jure quidem quiſquam bonus vult: mavult enim commemorare ſe, cum poſſet perdere, pepercisſe, quam, cum parcere potuerit, perdidiſſe. Hæc in homines alieniſſimos, denique inimiciſſimos viri boni faciunt, & hominum exiſtimationis, & communis humanitatis cauſa: ut, cum ipſi nihil ſcientes alteri incommodarint, nihil ipſis jure incommodi cadere poſſit.* Oſtendi, quis ſit Pauli ſenſus: ſimul, furem nocturnum, quoquo modo occiſus ſit, quod ad legem Corneliam pertinet, jure occiſum intelligi: itaque Ulpianum in *d. l. 5. & d. t. 7.* ubi Corneliæ locum fecit, *Corneliam* pro *Aquilia* imprudentem dixiſſe. Hæc credidi addenda his quæ tradidi *libro 1. Probabilium juris civilis cap. 9.* Nam *l. 4. §. 1. D. Ad legem Aquiliam* quæ adhuc exponenda reſtat, & quam infeliciſſime explicuerunt hactenus doctiſſimi Interpretes, in Obſervationibus quas pridem publici juris facere conſtitui, ex profeſſo interpretabor *lib. 1. c. 15*: quia id mereri videtur elegantiſſimi ejus loci dignitas.

CAPUT VI.

Magiſtris in diſciplina concedi levem caſtigationem diſcentium. & quid, ſi egrediantur eum modum? Oculus perfuſus *aut* effuſus. *Verborum*, dubito & non dubito, *uſus apud Ulpianum in l. 5. §. ult. D. Ad legem Aquiliam, & quibuſdam aliis in locis. De jure & modo Magiſtratuum municipalium in executione rei judicatæ, & in caſtigatione ſervorum. Domino & fructuario qualis coërcitio competat in ſervum.*

Hactenus liquet, ſi quis facit id cujus jus habet, ejus ſi modum ſervet, non intelligi injuriam: ſin eum excedat, magis injuriam intelligi. Hoc & Julianus probat in magiſtro qui diſcipulum in diſciplina eluſcavit: amplius Ulpianus in eo qui occidit. cauſa Juliani, quod docenti conceſſa levior caſtigatio eſt *l. 5. §. ult. D. Ad legem Aquiliam:* quam ſi egreſſus eſt, injuria videtur. quid ita? quia ſævitia eſt: ut bene Paulus *l. 6. D. eod. tit.* nam & Seneca *lib. 2. De clementia c. 4.* crudelem definit, qui puniendi cauſam habet, modum non habet. Atque hoc Julianus in vulnerato conceſſit, in quo minus receditur a modo; Ulpianus vero in occiſo, id eſt, ubi plus aberratur, multo verius cenſet. E re erit, Juliani ſpeciem attuliſſe. proponitur apud eum puer ingenuus, filiusfamilias, ſutrinam diſcens. huic ſutor parum bene facienti, quod demonſtraverat, cervicem tam vehementer percuſſit forma calcei, ut puero oculus perfunderetur, vel (ut idem in *l. 13. §. 4. D. Locati conducti* ait) effunderetur. Radolphus Fornerius, V. CL. *lib. 3. Rerum quotidianarum c.* XI. mavult *effoderetur.* ſed retinenda vox, *effunderetur:* perinde ut in illo Velleji *lib. 2. Colliſa inter ſe duo reipublicæ capita, effuſumque alterum Romani imperii lumen.* Quod obſervavit Gaſpar. Scioppius, vir doctus, *lib. 3. Veriſimilium c. 18.* Igitur effuſo oculo eluſcatus fuit puer. quæritur, ecqua patri actio competat? Prima quæſtio eſt circa injuriarum actionem: quam ei negat Julianus, quia ut fuerit præceptori monendi & docendi propoſitum, tamen

tamen

men inferendæ injuriæ non fuit. Optime Seneca *lib. 2. De ira c. 27. Quædam eſſe diximus quæ nocere non poſſunt; quædam quæ nolunt. in his erunt boni magiſtratus, parenteſque, & præceptores & judices: quorum caſtigatio ſic accipienda eſt, quomodo ſcalpellum & abſtinentia & alia quæ profutura torquent.* Altera quæſtio eſt de actione locati & legis Aquiliæ: de qua ita Ulpianus. *An ex locato, dubitat, quia levis duntaxat caſtigatio conceſſa eſt docenti. Sed lege Aquilia poſſe agi non dubito.* In his uſus mirus verborum *dubito* & *non dubito:* ſed utrumque idem valet, & magis aſſerentis, quam dubitantis, eſt. Ulpianum vide *l. 13. §. 4. D. Locati conducti*; ubi ipſe id ſic exponit. *Julianus libro octogeſimo ſexto Digeſtorum ſcripſit; ſi ſutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percuſſerit, ut oculus ei effunderetur, ex locato eſſe actionem patri ejus; quamvis enim magiſtris levis caſtigatio conceſſa ſit, tamen hunc modum non tenuiſſe; ſed & de Aquilia ſupra diximus.* Sic Ulpianus. ſimiliter Cornelius Nepos in vita *Thraſybuli, Si*, inquit, *per ſe virtus ſine fortuna ponderanda ſit, dubito, an hunc primum ponam; illi ſine dubio neminem præfero fide, conſtantia, magnitudine animi, in patriam amore.* Dubito an, &, ſine dubio, illi ejuſdem ſunt poteſtatis. Pariter Ulpianus *Tit. 7. Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.* Verba Ulpiani. *Si furem nocturnum, quem lex XII. tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem ea quoque lex permittit, ſed ita demum, ſi ſe telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur? Et Pomponius dubitat, num hic* (ſic lego) *lex non ſit in uſu. Et ſi quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur.* Similiter Ulpianus *l. 7. §. 4. D. Quod vi aut clam. Eſt & alia exceptio, de qua Celſus dubitat, an ſit objicienda: ut puta ſi incendii arcendi cauſa vicini ædes intercidi, & quod vi aut clam mecum agatur, aut damni injuria; Celſus enim dubitat, an excipi oporteret, quod incendii defendendi cauſa factum non ſit.* Ubi *Celſus dubitat*, (ſic enim legendum, non, *Gallus*) eſt *Celſus ſcribit*, vel Ulpiano interprete *l. 49. §. 1. D. Ad legem Aquiliam*, & *l. 3. §. 7. D. de incendio, ruina, naufragio.* Expoſui exemplum *l. 5. & 6. D. Ad legem Aquiliam.*

Sequitur aliud ex *l. 29. §. ult. D. Ad legem Aquiliam.* Magiſtratus municipales, Duumviri ſcilicet, pecudes ceperunt pignori. eæ pecudes fame perierunt: quia Magiſtratus non ſunt paſſi, ad eas cibaria inferri. an injuria feciſſe videntur? Movet dubium, quod Magiſtratus lege municipali pignoris capionem habent ex cauſa judicati, verbi gratia: habent enim juriſdictionem uſque ad certam ſummam: ut Paulus refert *lib. 5. Sent. tit. 5.* & *l. 28. D. Ad municipalem:* & ideo ea quoque, ſine quibus juriſdictio explicari non poteſt *l. 2. D. de juriſdictione:* itaque clare Siculus Flaccus, *De conditionibus agrorum, p. 1. Regiones*, inquit, *dicimus, intra quarum fines ſingularum coloniarum aut municipiorum magiſtratibus jus dicendi coercendique eſt libera poteſtas.* Sed placet, injuria feciſſe Magiſtratus, & ideo actione in factum teneri: quia, ut lege municipali habeant jus pignori capiendi pecudes, tamen non habent jus pignori captas fame necandi: igitur ſi necarint eas, quia modum ſunt egreſſi, injuria feciſſe videntur. Idem eſt, ſi Magiſtratus, cum ex lege ceperint pignus, vel etiam ſine lege, reddant res tritas corruptaſque aut feritate aut negligentia ſua. Quid, ſi quid violentius fecerint adverſus reſiſtentem? non tenebuntur lege Aquilia, etſi ei damnum dederint: quia non injuria fecerunt quod juris exequendi cauſa fecerunt. Igitur & cum ſervum pignori cepiſſent, & ille ſe ſuſpenderit, nulla datur actio adverſus Magiſtratus: ſiquidem nihil eſt quod eis imputetur.

Proxima *d. l. 29. §. ult.* erit *l. 12. D. de juriſdictione.* nam utraque eſt ex libro 18. Ulpiani ad Edictum; utraque coërcet feritatem aut ſævitiam Magiſtratuum municipalium. Verba Ulpiani ſunt. *Magiſtratibus municipalibus ſupplicium a ſervo ſumere non licet: modica autem caſtigatio eis non eſt deneganda.* Hoc vult, ſi Magiſtratus municipales a ſervo ſumpſerint ſupplicium, injuria feciſſe eos: quia nulla lex Magiſtratibus municipalibus dedit imperium merum, ne in ſervos quidem: non igitur licet illis, a ſervo ſupplicium ſumere: & ſi ſumpſerint, quia ſine jure ſumpſerunt, lege Aquilia tenentur. At qamquam Ulpianus Magiſtratibus neget jus ſupplicii; non tamen putat, eis denegandam eſſe modicam caſtigationem. Modicam, inquam, & hanc in ſervos: nam in liberos homines caſtigatio Magiſtratibus non competit, ne modica quidem: ut Paulus indicat *l. 17. §. 1. D. Qui & a quibus manumiſſi liberi non fiunt*; proponens, dominum mentitum, ne a Magiſtratibus caſtigaretur ſervus, dixiſſe, eſſe liberum. Habent igitur Magiſtratus in ſervos ſaltem modicam caſtigationem: intra quam ſi ſubſiſtant, jus eſt: ſi non ſubſiſtant, injuria intelligitur, & legi Aquiliæ locus eſt: ut ſi ſervum meum flagellis exciderint Magiſtratus, & is ſervus deceſſerit: & ita Ulpianus *l. 17. §. 2. D. de injuriis.*

Magiſtratibus municipalibus jungendus eſt fructuarius: nam & huic aſſignat Ulpianus modicam caſtigationem fructuarii ſervi, cum pleniſſimam coërcitionem adſcribat domino proprietatis: & addit, fructuarium neque torquere ſervum poſſe, neque flagellis cædere *l. 23. §. 1. D. de uſufructu, & quemadmodum quis utatur fruatur.* Proinde ſi aut torqueat ſervum aut flagellis cædat fructuarius, lege Aquilia conveniri poterit: quia non tenuit modum quem debuit, & ideo non jure feciſſe dicitur, ſed ſævitia aut feritate *l. 15. §. 3. D. eod. tit.* aliter ac ſi dominus cui plena

ſervi coërcitio competit, flagellis uſus ſit. Martialem audi *lib.* 8. *Epigr.* 23.

Eſſe tibi videor ſævus, nimiumque guloſus,
Qui propter cœnam, Ruſtice, cædo cocum.
Si levis iſta tibi flagrorum cauſa videtur,
Ex qua vis cauſa vapulet ergo cocus?

Sic Martialis; eique conſentiens Ulpianus *l.* 17. §. 1. *D. eod. tit.* Verba Ulpiani. *Ex eo, ne deteriorem conditionem fructuarii faciat proprietarius, ſolet quæri, an ſervum dominus coërcere poſſit? Et Ariſto apud Caſſium notat, pleniſſimam eum coërcitionem habere, ſi modo ſine dolo malo faciat: quamvis uſufructuarius nec contrariis quidem miniſteriis, aut inuſitatis, artificium ejus corrumpere poſſit; nec ſervum cicatricibus deformare.* Inquit, cicatricibus; quæ accipe vel flagrorum, vel ſtigmatum, quas ſervorum frontibus aut aliis membris inuri atque inſcribi ſolent.

CAPUT VII.

Cædem culpa factam, cui caſus cohæret, injuria factam videri. Exemplum Ulpiani elegans & rarum in ſervo cujus gula, dum tondetur, & novacula ſuper gulam eſt, adjecta pila præciditur. Amphibolia obſervata & expoſita in l. XI. *D. Ad legem Aquiliam. Aliud exemplum in ludo noxio. Quid, ſi duo ſtramenta ardentia tranſiluerint, & concurrerint, ambo ciciderint, alter flamma conſumptus ſit? Uſum ejus rei in Palilibus eſſe: de quibus accipiendam l.* 45. §. 3. *D. eod. tit. Quid juris, ſi homo in lucta, pugilatu, aut pancratio, occiſus ſit? ad l.* 7. §. 4. *D. eod. tit.*

Igitur ſi quis jure fecit, & intra modum ſubſtitit; tum ſi homo caſu aut neceſſitate occiſus ſit, quia injuria non eſt, Aquilia ceſſat: cæterum ſive jure fecit, ſed modum exceſſit, ſive culpa, & caſus ſequutus; magis injuria, quam jus aut caſus, videbitur; & ideo legi Aquiliæ locus erit. Exemplum in *l.* XI. *D. Ad legem Aquiliam.* Verba ejus.

Item Mela ſcribit, ſi, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percuſſa in tonſoris manus eam dejecerit, & ſic ſervi, quem tonſor radebat, gula ſit præciſa adjecto cultello, in quocumque eorum culpa ſit, eum lege Aquilia teneri: Proculus in tonſore eſſe culpam. Et ſane, ſi ibi tondebat, ubi ex conſuetudine ludebatur, vel ubi tranſitus frequens erat, eſt, quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, ſi in loco periculoſo ſellam habenti tonſori ſe quis commiſerit, ipſum de ſe queri debere.

Tonſor ſellam habuit eo in loco, in quo erat frequens tranſitus & pilæ luſus. Res hodie nova & in his terris pæne inaudita; ſed olim Romæ uſitata & ſolita: niſi quod Domitianus ei modum impoſuit; tonſoreſque, & coquos, & caupones, & lanios, vetuit artem ſuam in publico exercere. Ejus rei meminit Martialis *lib.* 7. *Epigr.* 60.

Abſtulerat totam temerarius inſtitor urbem,
Inque ſuo nullum limine limen erat.
Juſſiſti tenues, Germanice, creſcere vicos,
Et modo quæ fuerat ſemita, facta via eſt.
Nulla catenatis pila eſt præcincta lagenis,
Nec Prætor medio cogitur ire luto.
Stringitur in denſa nec cæca novacula turba,
Occupat aut totas nigra popina vias.
Tonſor, caupo, coquus, lanius ſua limina ſervant.
Nunc Roma eſt, nuper magna taberna fuit.

Igitur tonſor ſellam poſuit in via publica: huic ſe tondendum præbuit ſervus: dum tondetur, pila in tonſoris manum fortius impulſa, ſervo gulam præcidit adjecto cultello. Quæritur, quid juris? ait Mela, penes quem culpa fuerit, eum teneri. Vere quidem: ſed quis iſte? æque quæritur. Hoc vero Ulpianus definit paulo obſcurius: primum ex Proculo infit, ſi tonſor ſellam eo habuit in loco, in quo aut ludi ſolet, aut frequens tranſitus eſt, tonſoris culpam videri: eſſe enim, quod ei imputetur; cum his qui pila luſerunt ibi, ubi jus erat ludendi, nihil imputari poſſit. Apollo ſane a quo Hyacinthus ejus imprudentia eſt occiſus in luſu diſci, excuſat ſe hac ratione apud Ovidium *lib.* x. *Metamorph. fab.* 5.

Laberis Oebalide prima fraudate juventa,
Phœbus ait: videoque tuum mea crimina vulnus.
Tu dolor es, facinuſque meum. mea dextera letho
Inſcribenda tuo eſt. ego ſum tibi funeris auctor.
Quæ mea culpa tamen? niſi ſi luſiſſe vocari
Culpa poteſt.

Sic primum Ulpianus: ſed mox ſubjicit, *Quamvis nec illud male dicatur, ſi in loco periculoſo ſellam habenti tonſori ſe quis commiſerit, ipſum de ſe queri debere.* Utrum ergo placet, quamvis non male dicatur, ſervum de ſe queri debere, tamen tonſoris culpam eſſe? an, tonſoris quidem culpam aliquam videri; ſed majorem eſſe ſervi, qui, ubi potuit, ſibi non ſatis cavit? Hoc patitur uſus voculæ, *quamvis:* quæ, velut præcedentia corrigat aut temperet, ita aliquando accipitur: ut in *l.* 7. §. 5. *D. Ad exhibendum, juncta l.* 15. §. *ult. D. de rei vindicatione, &* §. 8. *Inſt. de excuſationibus tutorum juncta l.* 6. §. *ult. D. eod. tit.* Sed neque illud vetat uſus ejuſdem vocis, *quamvis,* maxime naturalis & proprius *l.* 1. §. 2. *D. de eo per quem factum erit, l.* 1. §. 1. *D. de aleatoribus.* Quid igitur eſt? Amphibolia: in qua quid eligendum ſit, ſi quæres, a Quintiliano accipies: qui *lib.* 7. *Inſt. orat. c.* 9. ſic infit Am-

Amphiboliæ omnis in his erit quæſtio, aliquando uter ſit ſecundum naturam magis ſermo, ſemper utrum ſit æquius, utrum is, qui ſic ſcripſit ac ſic dixit, ſic voluerit. Hactenus Quintilianus: cujus ſi placet tibi definitio; idem tibi ſedebit, quod mihi, priorem Ulpiani ſententiam eſſe: quia utilior eſt, & bonis moribus convenientior: præterea hanc ſuadet uſus voculæ, *quamvis*, maxime naturalis & proprius. Exemplum hoc unum eſt.

Alterum in *l. 9. §. ult. & l. 10. D. Ad legem Aquiliam.* Duo luſerunt jaculis: ab his ſervus qui tum forte præteribat, percuſſus & occiſus eſt: quæritur, an legi Aquiliæ locus fiat? diſtinguit Juriſconſultus: aut, inquiens, per luſum jaculati ſunt extra campum jaculatorium, aut in campo jaculatorio: in eoque vel caſu occiſus eſt ſervus, vel dedita opera. Plenius Juſtinianus §. 4. *Inſt. eod. tit.* aut miles, inquit, aut alius, id eſt, paganus, non miles, jaculatus eſt. Morem indigitat Manilius *lib. 4. Aſtronom.*

Sunt quibus & ſimulachra juvant, & ludus in armis.
Tantus amor pugnæ eſt, diſcuntque per otia bellum
Et quodcunque pari ſtudium producitur arte.

Igitur aut miles jaculatus eſt, aut alius: & miles aut in loco inſolito, aut in campo jaculatorio: & ſi in campo; prætereuntem feriit aut dedita opera, aut non dedita opera: & ſi dedita opera; ejus qui jaculatus eſt: ſi non dedita opera; ejus qui præteriit, culpa videtur: quia tum neque iſti jus fuit eundi eo in loco; neque ille potuit, aut certe debuit, hujus tranſitum prævidere: quippe cum eo luſu ſe exerceret ſolemni & ad illum deſtinato loco, coactus jure & more militaris diſciplinæ: de quo pulchre Vegetius *lib. 2. De re militari c. 23.* quem, ſi lubet, vide: eique adde Valeſium ad *Ammian. Marcell: lib. 20. c. 4 p. 240. & lib. 18. c. 7. p. 201.* Plane, ſi in loco inſolito jaculis luſum fuit, quamquam a milite, quia ſine jure factum fuit, & alteri periculoſum extitit; apparet, luſum noxium in reprehenſionem cadere, & pro injuria accipi: ut bene Paulus in *l. 10. D. Ad legem Aquiliam*, quam legem cum ſuperiore, ne ei male cohæreat, ita connecto.

Sed conſideremus, ne e diverſo ſtet idem Paulus *l. 45. §. 3. D. Ad legem Aquiliam.* Verba Pauli.

Cum ſtramenta ardentia tranſilirent duo, concurrerunt, amboque ceciderunt, & alter flamma conſumptus eſt. Nihil eo nomine poteſt agi, ſi non intelligitur, uter ab utro everſus ſit.

Thema tale eſt. Duo tranſiluerunt ardentia ſtramenta, & concurrerunt, ambo ceciderunt, alter flamma conſumptus eſt. Hoc thema: ex eo quæritur, an legi Aquiliæ locus ſit? ait Paulus, ſi paret, uter ab utro everſus ſit: negat, ſi non paret. Sic Paulus. Verum ſi certum eſt, ambo concurriſſe, & lapſos cecidiſſe; obſecro, qui incertum ſit, uter ab utro everſus ſit? An quid verius eſt, quam, ſi duo concurrerunt, & ambo everſi ſunt, alterum ab altero everſum eſſe; denique, ubi alter ſuperſtes, alter flamma conſumptus eſt, & de Aquilia quæritur, hunc qui flamma conſumptus eſt, a ſuperſtite everſum vere dici? Sed ſalva res eſt: ſiquidem Pauli mens fuit, ſi intelligitur, uter egerit, uti alter everteretur, agi poſſe; vel, ut clarius loquar, ſi liquet, hunc qui flamma conſumptus eſt, ſuperſtitis data opera everſum eſſe, lege Aquilia agi poſſe; ſi non liquet, agi non poſſe. Habes Pauli definitionem. nunc cauſam accipe: ea cauſa eſt, quod lex Aquilia quidem injuriam, id eſt, qualemcumque culpam atque imprudentiam, coërcet; caſum autem, ſi injuria ac culpa vacet, non coërcet: porro qui flamma conſumptus eſt, is ſi evertentis data opera & laſcivia everſus eſt, magis injuria, quam caſu, occiſus intelligitur; quamquam, cum ea nulla everſus eſt, magis caſu, quam injuria, occiſus videtur. At enim utrimque proponitur luſus noxius & mali exempli: qui cum injuriam, id eſt, culpam ac reprehenſionem, habet vel ab initio, ut idem Paulus ſcribit *l. 10. D. eod. tit.* quæſo, qui illum abſolvat caſus qui ex poſtfacto incidit? Non tamen eſt, opinor, quod eum luſum damnes, aut rem mali exempli eſſe exiſtimes: quin potius puta, utrumque, ubi ſtramenta ardentia tranſiluit, uſum publico & licito jure, & ideo neque in culpam incidiſſe, neque reprehenſionem meruiſſe. Verum quod jus fuerit, per ignem tranſilire, & in ſtramentis ardentibus laſcivire? Nullum ſane, ſi quidem ſaltationem per ardentia ſtramenta, qua de Paulus ſcribit, ſimpliciter accipies: ſed non idem eſt, ſi eam referes ad Veterum religionem, & ad ſolemnia atque anniverſaria ſacra, & in his ad Palilia: in quibus urbis Romæ natalem, paſtoreſque juſſos & ſolitos fuiſſe per ardentia ſtramenta tranſilire, Ovidius auctor eſt *Faſtorum lib. 4.* ejus feſti cum ritum, tum originem, & cauſam, belle ac late indigitans. Igitur quod Paulus definit de his, qui per ardentia ſtramenta tranſiluerunt, & concurrerunt, lapſique ceciderunt, ad Palilia ſpectat & paſtorum ſolemnia atque anniverſaria ſacra: in quibus ſi quid fecerunt paſtores, jubente religione; id extra culpam ac temeritatem ſubſtitit: & ſi duo ignem ſimul tranſiluerunt, & forte concurrerunt, amboque ceciderunt; id pro injuria non fuit, ſed pro caſu, cui communis humanitas ignoſcit. Expoſitus Pauli locus.

Æque elegans eſt ſequens Ulpiani in *l. 7. §. 4. D. Ad legem Aquiliam.*

Si [quis] in colluctatione, vel in pancratio, vel pugiles dum inter ſe exercentur, alius alium occiderit, ſi quidem in publico certamine [alius alium occiderit] ceſſat Aquilia; quia glo-

riæ cauſa & virtutis, non injuriæ gratia videtur damnum datum. Hoc autem in ſervo non procedit, quoniam ingenui ſolent certare: in filiofamilias vulnerato procedit. Plane ſi cedentem vulneraverit, erit Aquiliæ locus: aut ſi non in certamine ſervum occiderit: niſi [ſi] domino committente hoc factum ſit, tunc enim Aquilia ceſſat.

In hoc loco diſtinguuntur lucta, pugilatus, & pancratium. quomodo? qui ſe lucta exercent, hi ſe mutuis complexibus devinciunt, & majorem luctæ partem varie miſcendis & conſtringendis invicem corporibus peragunt: qui pugilatu, hi ſe verberant cæſtibus, nec ſe invicem complectuntur: imo, ſi id velint, non patiuntur arbitri certaminis: qui pancratio, his jus utrumque eſt; itaque Plutarchus pancratium ex lucta & pugilatu compoſitum refert *lib.* 2. *Sympoſiac. c.* 4. denique ſcribunt quidam, pancratium ab eo dici, quod pugnis, cubitis, calcibus, &, ut verbo abſolvam, univerſi corporis niſu, omniumque nervorum contentione, peragitur. Igitur ſi alter alterum in lucta, pugilatu, aut pancratio, occidit; an legi Aquiliæ locus erit? Quæſtio eſt, utrum jure, an injuria, factum videatur? Et Anacharſis quidem apud Lucianum *De gymnaſiis* ait, oblectamenta iſta inſaniæ eſſe, & publice inutilia: præfocari certe, cædi, pericula, labores, injuriaſve indignas, fruſtra inferre, & pati, in conſpectu populi, non eſſe ejus, qui ratione utitur. Sed contra Solon apud eumdem *d. loco* negat, iſta inſaniæ opera eſſe, neque impulſu contumeliæ hos mutuo ſe obverberare, inque cœno volutari, aut ſemet conſpergere pulvere, ſed neceſſitatem ineſſe huic rei non injucundam. Idem poſt. Pro conſequenda gloria etiam in ventrem calcitrari, præclarum eſſe venantibus gloriam ex laboribus. Sed quid eſt? primum Græcis, deinde & Romanis, viſum e re publica eſſe, juvenum corpora his laboribus exercere, ut, quod Solon putat *d. loc. p.* 751. laboribus tolerandis aſſueſcerent, pariterque ictuum declinandorum periti evaderent, neque metu averſarentur pericula: præterea ut ſecure procidere, & prompte exſurgere, diſcerent; item ut tenaciter amplecti, & loco movere, & in altum ſuſtollere, poſſent adverſarium. Igitur vides rem pulchram & bello utilem, quam voluerunt Veteres juvenibus non tantum permittere, ſed etiam propoſitis præmiis atque honoribus commendare. Horum præmiorum meminit Papinianus *l.* 40. *D. de re judicata*, honorum etiam Lucianus *p.* 726. ſic inquiens. Exercitiorum aliud quidem, quod in cœno fit, lucta vocatur, illi vero quoque in pulvere luctantur: porro eos, qui erecto ſtant corpore, ac ſemet verberibus mutuis onerant, pancratio decertare dicimus: ſunt præterea & alia nobis hujuſmodi gymnaſia & pugilatus & diſci & ſaltus, quorum omnium certamina ſolemus proponere; quorum qui palmam adeptus fuerit, is præſtantiſſimus ex omnibus eſſe judicatur, ac certaminis tollit præmia. Quid ergo? ſi alter alterum lucta, pancratio, aut pugilatu, occidit; Aquilia ceſſat: cauſa ea, quam Ulpianus adfert, quia virtutem & gloriam in re licita ſectatus eſt, non injuriam: voluit certe, victoriam lucta, pugilatu, aut pancratio, de homine vivo & incolumi auferre, quod jus & mos patitur: at is infirmior fuit, quam ut his ſufficeret; ſuffocatus eſt, aut verbere periit: puto, inſortunium dicemus; aut ſi culpam, ei imputabimus, qui cum difficultatem rei & ſuam infirmitatem noſſet, aut (ut commode Epictetus *Enchiridio c.* 36.) ante conſiderare & noſſe deberet, certamini ſe temere commiſit: prorſus hanc adverſario non imputabimus, qui ubi victoriæ ſtuduit, tantum publico jure uſus fuit. Atque hoc Ulpianus *d. loc.* probat, ſi in publico certamine factum ſit; pariter ut Plato *De legibus lib.* IX. *p.* 865. ſic ſcribens. *Si quis in pugna & certaminibus publicis nolens, ſive e veſtigio ſive poſtea morte conſequuta, amicum interfecerit, vel in bello ſimiliter, vel in exercitatione bellica, quum de Magiſtratuum mandato, ſive inermes, ſive cum armis ſeſe exercerent, ad juſti belli imitationem, is ea lege, quæ oraculo Apollinis edita eſt, mundus cenſetor.* Hoc; ſi alter alterum occidit tum, dum exercentur. quod ſi cedentem vulneraverit; is, ſi Ulpiano fides *d. l.* 7. §. 4. adhuc Aquiliæ locum facit: quia cedentem & jam manum dantem cædere, non virtus eſt, ſed ſævitia: præterea cum non alius ſit hujus certaminis finis, quam ex adverſarii ore victoriæ confeſſionem extorquere; plus ſatis gloriæ victori fuerit, hanc adverſario confeſſionem expreſſiſſe: utique cum ei ultra jus non ſit, ſi contra faciat; vere injuria dicetur. Hunc finem indigitat Seneca his verbis *De beneficiis lib.* 5. *c.* 3. *Lacedæmonii vetant ſuos pancratio aut cæſtu decernere, ubi inferiorem oſtendit victi confeſſio. Curſor metam prior contingit. velocitate alium, non animo anteceſſit. Luctator ter abjectus perdidit palmam, non tradidit. Cum invictos eſſe Lacedæmonii cives ſuos magno æſtimarent, ab his certaminibus removerunt, in quibus victorem facit non judex, non per ſe ipſe exitus, ſed vox cedentis & tradere jubentis.* Quæ hactenus dixi, ea procedunt in hominibus ingenuis, ſed patribusfamilias: addo, in filiisfamilias: nam de his conſentit Ulpianus; ſi in certamine vulnerati ſint: (de quo jam ſupra c. 2.) in ſervis autem non procedunt. Quid ita? quia ingenuorum certamina ſunt non ſervorum: ut veriſſime Ulpianus ait: dum hæc verba, *Quoniam ingenui ſolent certare*, ſic accipiantur, *Quoniam præſertim ingenui ſolent certare*: videntur enim certamina, etſi ſervorum non fuerint, tamen & libertorum fuiſſe; maxime Auguſtalium. quod probat ſequens Inſcriptio apud Onuphrium Panvinium *Reipubl. Roman. comment. lib.* 2. *p.* 210.

L.

L. AVRELIO
APOLAVSTO. MEMPHIO
AVGG. LIB. HIERONICAE
CORONATO. ET. TON. DIAPAN
TON. APOLLINIS. SACERDOTI
SOLI. VITTATO. ARCHIEREI
SYNHODI. ET. AVGG.
L. AVRELIVS. PANICVLVS
QVI. ET. SABANAS
PATRONO. OPTIMO

Quid tamen, ſi ſervus non in certamine occiſus ſit? ait Ulpianus, Aquiliæ locum fieri, niſi ſi domino committente, factum ſit: hoc eſt, domino pugnandi poteſtatem faciente. Qua ratione? quia actio legis Aquiliæ competit domino, cui damnum injuria datum eſt: dominus autem ubi ſervum ſuum commiſit ſponte & volens, hujus ſervus, ſi forte occiſus ſit, non intelligitur injuria occiſus eſſe *l. 203. D. de regulis juris:* cum demum injuria fieri dicatur, quod ſine jure fit: at quod domini conſenſu fit, hoc jure fit, & ideo male injuria appellatur.

Caput VIII.

Imperitia an & qualis culpæ annumeretur? & quid de infirmitate dicendum ſit?

Ex his conſtat, ſi non potuit cædes præveniri, aut cum potuit, fuit præter officium ejus qui eam fecit, non videri injuriam: ſin potuit præveniri, atque ut id fieret, ad ejus curam pertinuit, magis injuriam intelligi. Exemplum præter ſuperiora: ſi homo per imperitiam occiſus ſit. nam & iſta culpæ annumeratur: ut Gajus ait *l.* 132. *D. de regulis juris.* imperitia tamen non quælibet, ne quis putet: (quod enim vitium eſt, quem id neſcire, quod non affectet?) ſed imperitia ejus rei, cujus ſcientiam profeſſus eſt: ut optime Cicero definit *Pro Plancio.* Verba Ciceronis. *Omnes iſtiuſmodi artes in iis reprehenduntur, qui cum profeſſi fuerint, ſatisfacere non poſſunt, non in his, qui abfuiſſe ab his ſtudiis profitentur.* Sic Cicero: Perſius quoque *ſat.* 5. *verſ.* 96. *& ſeqq.*

Stat coutra ratio, & ſecretam gannit in aurem,
Ne liceat facere id, quod quis vitiabit agendo.
Publica lex hominum, naturaque continet hoc fas,
Ut teneat vetitos inſcitia debilis actus.
Diluis helleborum certo compeſcere puncto
Neſcius examen? vetat hoc natura medendi.
Navem ſi poſcat ſibi peronatus arator
Luciferi rudis, exclamat Melicerta periſſe
Frontem de rebus. – – –

Ita eſt: imperitia extra culpam eſt, ſi nihil aliud accuſetur: quod ſi miſcetur profeſſioni artis aut ſcientiæ, & ob id alteri periculoſa aut noxia eſt; vitio proxima videtur *l.* 9. §. 5. *& l.* 13. §. 5. *D. Locati & conducti.* Exempla quæ utique ſpectent ad hoc legis Aquiliæ caput, quædam apud Ulpianum & Gajum *l.* 7. §. *ult. & l.* 8. *D. Ad legem Aquiliam* in Medico ſunt elegantia: nam etſi aliqua ſit imprudentia ejus qui ſe credidit imperito Medico, eamque caſtiget Phædrus *lib.* 1. *fab.* 15. non tamen hæc excuſat Medicum qui alteri nocet mendacio: id eſt, profeſſione artis quam non intelligit: in primis quia (ut Plinius infit *lib.* 29. *Natur. hiſt. c.* 1.) in hac artium ſola evenit, ut cuicumque Medicum ſe profeſſo ſtatim credatur; cum ſit periculum in nullo mendacio majus: non tamen illud intuemur, inquit. adeo blanda eſt ſperandi pro ſe cuique dulcedo. Verum exempla videamus. primum eſt, ſi Medicus ſervum imperite ſecuit. Medicum & hic, & in *l.* 4. §. *ult. D. Ad legem Corneliam de ſicariis*, accipe eum qui Plinio *d. c.* 1. *lib.* 29. appellatur *vulnerarius* & *vulnerum Medicus*: dicitur & Medicus chirurgus; ut in ſequente Inſcriptione apud Manutium, *De Orthographia pag.* 243.

CHRESTAE. CONSERVAE. ET.
CONIVGI
CELADVS. ANTINOVS. DRVSI
MEDICVS. CHIRVRG
BENE. MERENTI. FECIT
EA. VIXIT. AN. XVII.

Item in alia apud Gruterum *pag.* 400. Inſcript. 7.

P. DECIMIVS. P. L. EROS
MERVLA. MEDICVS
CLINICVS. CHIRVRGVS
OCVLARIVS. VI. VIR

Alterum eſt: ſi Medicus medicamento quo ſervus periit, perperam uſus eſt. Optime Hippocrates *lib. De affectionibus.* Verba Hippocratis. *Neque ab eo, qui curat, malum aliquod inferri debet: ſatis enim ſunt, quæ a morbis adſunt: verum, ut boni aliquid præſtet, pro viribus curandum eſt. Quod ſi, cum probe curet Medicus, morbi magnitudine ſuperetur æger, hæc Medici culpa non eſt. Si vero, cum recte non curet, neque morbum cognoſcat, a morbo ſuperetur, Medici culpa eſt.* Exemplum tertium eſt: ſi Medicus bene ſecuit ſervum, ſed curationem ejus dereliquit *d. l.* 7. §. 8. *& l. ſeq.* non dicam, dolo, aut negligentia, ſed intempeſtiva deſperatione: nam oportet Medicum vel commoda vel incommoda in corpore futura prænoſcere: ut Macrobius dicit *lib.* 1. *Saturnal. c.* 20. addens, Hippocratem ſcribere, Medicum oportere dicere de ægro,

Quæ ſunt, quæ fuerint, quæ mox ventura ſequentur.

Igitur ſi curatione abſtinuit Medicus, quia in-

intempeſtive deſperavit, & cito mortifera ſigna pronuntiavit, & ob id homo mortuus eſt: dubium non eſt, quin Medici culpa intelligatur. Seneca certe *lib.* 1. *De clementia c.* 17. *Mali*, inquit, *Medici eſt deſperare, ne curet. Idem in his, quorum animus affectus eſt, facere debebit, cui credita ſalus omnium eſt, non cito ſpem projicere, nec cito mortifera ſigna pronuntiare.* Sic, ſi imperite deſperavit Medicus: at ſi artis ſecutus regulas, curationem dereliquit: nihil eſt quod ei imputetur: cum præſertim deſperatis etiam Hippocrates vetet adhiberi medicinam: ut Cicero refert *Ad Atticum lib.* 16. *epiſt.* 15. Apud Lucianum quoque in *Abdicato pag.* 486. Medicus, *Cum*, inquit, *invocatus acceſſiſſem, non ſum equidem protinus medicatus. neque enim hic nobis mos eſt, neque id præcipit ars, verum illud omnium primum jubemur obſervare, ſanabiliſne ſit morbus, an inſanabilis, atque artis terminos prætergreſſus. ac tum ſi ejuſmodi fuerit malum, ut commode poſſimus aggredi, aggredimur, totoque adnitimur ſtudio, ut ægrotum ſervemus. Quod ſi viderimus jam invaluiſſe, ſuperaſſeque, nec manum admolimur omnino, idque vetuſtam quandam legem eorum qui primi medicinæ prodiderunt artem ſequuti: qui negant, tentandos eſſe morbos qui jam invaluerunt.* Quod de Medicis dixi, non tantum de maribus verum eſt, ſed de feminis quoque: nam & feminæ Medicæ habentur, obſtetrices, verbi gratia. Juſtinianus auctor *l. ult. C. Communia de legatis*, addo, Ulpianus *l.* 1. *§.* 2. *D. de extraordinariis cognitionibus*, etiam vetus Inſcriptio apud Gruterum *p.* 636.

DEIS. MANIB
IVLIAE. Q. L
SABINAE
MEDICAE
Q. IVLIVS. ATIMETVS
CONIVGI
BENEMERENTI

Alia eadem pagina.

MINVCIA
Ↄ. L. ASTE
MEDICA

Item.

C. CORNELIVS
MELIBOEVS. SIBI
ET. SENTIAE. ELIDI
MEDICAI
CONTVBERNALI

Igitur de Medica ſic idem Ulpianus *l.* 9. *D. Ad legem Aquiliam. Item ſi obſtetrix medicamentum dederit, & inde mulier perierit, Labeo diſtinguit, ut ſi quidem ſuis manibus ſuppoſuit, videatur occidiſſe: ſin vero dedit, ut ſibi mulier offerret, in factum actionem dandam. Quæ ſententia vera eſt: magis enim cauſam mortis præſtitit, quam occidit.* Finiam hanc quæſtionem, ſi addidero, apparere ex his quæ dixi, Plinium non reſpicere ad legem Aquiliam, cum ſic ſcribit *lib.* 29. *c.* 1. *Nulla præterea lex, quæ puniat inſcitiam capitalem, nullum exemplum vindictæ. Diſcunt periculis noſtris, & experimenta per mortes agunt: Medicoque tantum hominem occidiſſe impunitas ſumma eſt.*

Proxima imperitiæ videtur infirmitas: nam & ipſa, ſi ſola ſit, non magis poteſt cuiquam imputari, quam poteſt cœco aut ſurdo imputari vitium oculorum aut aurium: & tamen ſi quis affectaverit id, in quo vel intelligebat, vel debebat intelligere, infirmitatem ſuam alteri periculoſam futuram; non videtur iniquum, ſi infirmitas culpæ annumeretur: ut ſi mulio, propter infirmitatem ſuam, non poſſit ſuſtinere mularum impetum, aut ſi quis impetum equi quo vehebatur, propter infirmitatem, non poſſit retinere *l.* 8. *§.* 1. *D. Ad legem Aquiliam.*

CAPUT IX.

Occidere dici eum, qui qualemcumque cædem vi & manu facit. etiam eum, qui morti cauſam præbet: ſed alterum ex vi & proprietate verbi, alterum ex mente & ſententia legis. Occiſum intelligi eum qui ſtatim exſpiravit; etiam eum qui ex intervallo mortuus eſt.

Sequitur in lege Aquilia, *Qui occidit.* Quid velit verbum, *occidit*, ejus origo oſtendit. Cornelius Fronto, Occidere, inquit, ob cædem dicitur; cædere vero eſt percutere; occidere valde percutere. adeo auget *oc* in *occidere*, & verbi vim intendit. Hoc a Donato obſervatum ad illud Terentii *in Adelphis* 4. 2. *Cteſipho me pugnis miſerum & iſtam pſaltriam uſque occidit.* Porro quia ex immodica manus aut ferri percuſſione plerumque ſequitur vulneratio & mors percuſſi hominis; facile uſu venit, ut qui hominem tolleret vehemente percuſſione, eum occidere diceretur. Ea vis & poteſtas verbi. ex qua dubitatum fuit, ſi quis ſervum ægrotum leviter percuſſerit, & is obierit, an lex Aquilia locum haberet: nam qui hominem leviter percuſſit, proprie non videtur eum occidiſſe. Placuit tamen Ulpiano, legem locum habere ideo, quod aliud alii ſolet mortiferum eſſe *l.* 7. *§.* 5. *D. Ad legem Aquiliam.* Sed & eo itum eſt, ut qui hominem adhibita vi, & quaſi manu, qualiter qualiter interimeret, eum occidere diceretur; etſi neque verberibus uteretur, neque ſanguis, neque ferrum, appareret. Hoc ſane Quintilianus *Declam.* 350. annotavit, ut videtur, ad legem Corneliam; ſed ad legem Aquiliam transferetur recte. Verba Quintiliani: *Ce-*

Cædes videtur ſignificare ſanguinem & ferrum. Si quis alio genere homo fuerit occiſus, ad illam legem revertemur, ſi inciderit in latrinas aut in aquas præcipitatus, ſi in aliquam immenſam altitudinem dejectus fuerit, ea lege vindicabitur, qua ille, qui ferro percuſſus eſt. Sic ille: etiam Cicero *Pro Scauro*, cum infit. *Libertus patronum non occidit, ſed duobus digitulis gulam obliſit.* Vult, eum qui ſtrangulavit, occidiſſe, etſi neque vulnus, neque ferrum, arguatur. Similiter Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam*, *Occiſum*, inquiens, *accipere debemus, ſive gladio, ſive etiam fuſte, vel alio telo, vel manibus, ſi forte ſtrangulavit eum, vel calce petiit, vel capite, vel qualiter qualiter.* Et in §. 2. *d. l.* 7. *Sed* (id eſt, *ſed &*) *ſi quis plus juſto oneratus onus dejecerit, & ſervum occiderit, Aquilia locum habet.* Idem Ulpianus præterea exemplum ponit in obſtetrice, quæ mulieri manibus ſuis ſuppoſuit, vel dedit, medicamentum ex quo illa periit *l.* 9. *pr. D. Ad legem Aquiliam*; item in eo qui alicui per vim aut ſuaſum medicamentum infudit vel ore vel clyſtere, vel ſi eum unxit malo veneno *l.* 9. §. 1. *D. eod. tit.* item qui aliquem de ponte in flumen præcipitavit: nam ſi corpore ſuo fecit, lege Aquilia tenetur, quemadmodum ſi quis puerum ſaxo illiſiſſet *d. l.* 7. §. 7.

Quid, ſi eum non præcipitavit, ſed equo concitato præcipitari fecit? quid, ſi alium non ſuo, ſed alterius, impulſu occiderit? quid, ſi alii medicamentum non manu ſua ſive infudit, ſive impoſuit, ſed ei dedit, ut ſibi offerret? quid, ſi non manu, ſed fame hominem necaverit incluſum alicui loco? quæſtio ea vertitur, an qui non ipſe occidit, ſed præbuit morti cauſam, legi Aquiliæ obligetur? & quidem in lege Cornelia de ſicariis nihil intereſt: utrum occidat quis, an morti cauſam præbeat: ut præter Ulpianum *l.* 15. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis*, etiam Lucianus definit *in Tyrannicida* his verbis. *Equidem & illud memini diſſeri in legibus, cauſam mortis eſſe duplicem, ſi quis ipſe occidat, aut ſi non ipſe quidem occidit, neque manu facinus peregit, verum compulit, aut mortis cauſam præbuit. Ex æquo & hunc quoque lex cenſet ſupplicio affici oportere.* Ita in lege Cornelia: ſed in Aquilia contra eſt: & differentiæ cauſa, quod lex Cornelia meminit non tantum hujus qui occidit, ſed ejus quoque cujus id dolo malo contigit; ut ex Ulpiano conſtat *Tit.* 1. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum:* at lex Aquilia tantum punit illum qui hominem occidit; non etiam hunc qui id fecit, ut homo occideretur. Et hoc clare Ulpianus *l.* 51. *D. Ad legem Aquiliam*; cum infit, *Lege Aquilia eum demum teneri viſum eſſe, qui adhibita vi, & quaſi manu, cauſam mortis præbuiſſet; tracta videlicet interpretatione vocis (occidere) a cædendo, & a cæde.* Unde apparet, eum qui homini mortem aliter infert, quam manu, ſi quidem ſpectes verba legis, non teneri directa actione. Cæterum, quia hæc legis mens eſt, ut homine per injuriam ſublato, domino ejus damnum ſarciatur, neque alia oſtenditur actio qua agere poſſit; placet, id quod verbis deeſt, ex ſententia ſuppleri, & ad exemplum legis Aquiliæ utilem actionem domino dari §. *ult. Inſt. de lege Aquilia*, quæ & ſimpliciter legis Aquiliæ actio appellatur *l. pen. C. eod. tit.* dicitur & in factum, non tantum utilis, actio *l.* 7. §. 6. & §. 3. item *l.* 9. *pr.* §. 2. & 3. *D. eod. tit.* quæ enim utilis, ea & in factum, & extraordinaria, actio appellatur: uti diſces ex conjunctione *l.* 18. §. 1. *D. de judiciis. l.* 17. *D. de rebus creditis. l.* 13. *D. de obligationibus & actionibus.* Utilis igitur & hic in factum actio, ſed civilis, non prætoria, intelligenda eſt.

Ita, ubi non homo occiſus eſt, ſed eſt cauſa data ejus morti. quod imprudentibus ſæpe videtur, cum nulla data ſit: uti in re ficta pulchre oſtendit Quintilianus *lib.* 7. *Inſt. orat. cap.* 3. *ad fin.* intererit, ejus verba adſcripſiſſe: quia nil prohibet, ea produci ad legis Aquiliæ explicationem. ea verba ſunt. *Illud alterum genus, quo ſit manifeſtius adoleſcentibus meis, (meos enim ſemper adoleſcentes putabo) hic quoque fictæ controverſiæ utar exemplo. Juvenes, qui convivere ſolebant, conſtituerunt, ut in littore cœnarent. Unius, qui cœnæ defuerat, nomen tumulo quem exſtruxerant, inſcripſerunt. Pater ejus a tranſmarina peregrinatione cum ad littus idem appuliſſet, lecto nomine ſuſpendit ſe. Dicuntur hi cauſa mortis fuiſſe. Hic finitio eſt accuſatoris, Per quem factum eſt, ut quis perierit, cauſa mortis eſt. Rei eſt, Qui fecit quid ſciens, per quod perire homini neceſſe eſſet. Remota finitione accuſatori ſat eſt dicere, Cauſa mortis fuiſtis; per vos enim factum eſt, ut homo periret, quia niſi vos illud feciſſetis, viveret. Contra, non ſtatim per quem factum eſt, ut quis periret, is damnari debet, ut accuſator, teſtis, judex rei capitalis. Nec undecumque cauſa fluxit, ibi culpa eſt: ut ſi cui quis profectionem ſuaſerit, ut ad amicum accedat trans mare, & is naufragio perierit: ad cœnam invitarit, & is cruditate illic contracta deceſſerit. Nec fuit in cauſa mortis ſolum adoleſcentium factum, ſed credulitas ſenis, & in dolore ferendo infirmitas; denique, ſi fortior fuiſſet, aut prudentior, viveret. Nec mala mente fecerunt; & ille potuit vel ex loco tumuli, vel ex loco tumultuario ſuſpicari, non eſſe monumentum. Qui ergo puniri debent? in quibus omnia homicidæ ſunt præter manum.* Sed in viam.

Ex his apparet, legem Aquiliam loqui de homine occiſo. Quid, ſi vulneratus ſit mortifero vulnere, non tamen ſtatim, ſed poſt intervallum, mortuus? ego probo, quod verbi origo patitur, etiam Ulpianus, & Julianus, indicant *l.* 15. §. 1. & *l.* 51. *D. Ad legem Aquiliam*, lege Aquilia teneri non tantum eos qui hominem ita vulneraſſent, ut eum confeſtim vita privarent, ſed & hos quorum ex vulnere certum eſſet vita exceſſurum. Inde Alfenus definit *l.* 52. *D. eod. tit.* ſi ex pla-

plagis ſervus mortuus eſſet, neque id Medici inſcientia, aut domini negligentia accidiſſet, recte de injuria occiſo eo agi. Atque ita eſt: ſi homo vulneratus ſit mortifero vulnere, ex quo & deceſſit; is ex quo vulneratus eſt, jam occiſus intelligitur, etſi cædes eo demum mortuo apparuerit.

CAPUT X.

Hoc capite teneri omnem qui injuria occidit. An & furioſus, infans, infante major, aut proximus pubertati? & quinam dicantur tales? Quid, ſi ſervus alium occidat, vel ignorante, vel ſciente, vel jubente, vel invito, domino? Senſus l. 2. D. de noxalibus actionibus, & quarumdam aliarum. Quid, ſi homo liber occidat juſſu alterius. Quid, ſi homo a pluribus in rixa occiſus ſit, & auctor cædis vel ſciatur, vel ignoretur? Quid, ſi ab uno mortifere vulneratus, ab alio ſimiliter ictus ſtatim decedat? ad l. 51. l. 11. §. 3. l. 15. §. 1. D. Ad legem Aquiliam. An heres ejus qui hominem occidit, lege Aquilia teneatur?

Oſtendi, quando detur actio legis Aquiliæ. videamus, adverſus quem danda ſit. id vero lex indicat; cum ait, *Qui injuria occiderit, damnas eſto.* jubet enim, damnari eum qui occidit; neque aut ſtatum ejus, aut ætatem, diſtinguit. proinde cujuscumque conditionis, aut ætatis, ſit qui occidit, lege Aquilia tenetur: modo ſi injuria ſeu culpa occidit. Quid, ſi furioſus ſit? negat Ulpianus *l. 5. §. 2. D. Ad legem Aquiliam*, teneri eum: quæ enim, inquit, in eo culpa ſit, cum ſuæ mentis non ſit? ceſſabit igitur Aquilia actio: quemadmodum, ſi quadrupes damnum dederit, Aquilia ceſſat, aut ſi tegula ceciderit: id eſt, quemadmodum ſi caſu aliquo, ſine facto perſonæ, acciderit: ut Pomponius loquitur *l. ult. in fin. D. de adminiſtratione & periculo tutorum & curatorum.* In eumque ſenſum & Seneca *lib. 2. De ira c. 26.* de brutis animalibus, *Nocere*, inquit, *nobis poſſunt, ut ferrum aut lapis: injuria quidem facere non poſſunt.* Idem eſt in infante, qui eſt puer ſeptennio minor: ut quidem Imperatores exponunt *l. 18. C. de jure deliberandi*, & Ulpianus *l. 1. §. 2. D. de adminiſtratione & periculo tutorum*; adde, Iſidorus *lib. 11. Orig. c. 2. p. 1102.* cum ſic ſcribit. *Prima ætas infantia eſt pueri naſcentis ad lucem, quæ porrigitur in ſeptem annis.* Et poſt. *Infans dicitur homo primæ ætatis, dictus autem infans, quia adhuc fari neſcit, id eſt, loqui non poteſt: nondum enim bene ordinatis dentibus minus eſt ſermonis expreſſio.* Si, inquam, infans damnum dederit, idem dicendum erit, quod de furioſo, quod de quadrupede, quod de tegula, dictum. Nam infantem quoque Seneca *epiſt.* 118: vocat *irrationalem*; & *epiſt.* 124. *nondum rationalem.* Quid, ſi impubes fecerit? hoc eſt, is qui eſt intra annum quartum decimum, quæ ætas Iſidoro *d. c. 2.* & Hippocrati appellatur ſecunda ætas; cum Varroni prima ſit uſque ad annum quintum decimum: ut Cenſorinus docet *De die natali c. 14.* Sed ad rem. Si impubes damnum dederit, ait Labeo, quia furti tenetur, & Aquilia eum teneri. Sed id tum verum eſt, ſi jam injuriæ capax ſit *d. l. 5. §. 2. D. Ad legem Aquiliam:* id eſt, ſi proximus pubertati ſit: nam hunc & doli, & furti, & injuriæ, capacem eſſe, Ulpianus definit *l. 13. §. 1. D. de dolo malo.* Sed ſi admodum impubes ſit; magis placet, eum non eſſe doli capacem *l. 3. §. 1. D. de ſepulchro violato:* quia (ut Imperator Juſtinianus ait *§. 10. Inſt. de inutilibus ſtipulationibus*) infans, & qui infantiæ proximus eſt, non multum a furioſo diſtant, eo quod hujuſmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Neque obſtat, quod mox idem Imperator addit, in proximis infantiæ, propter eorum utilitatem, fieri benigniorem juris interpretationem, ut habeant idem juris, quod pubertati proximi. Hæc enim benigne facta in eorum utilitatem, non eſt contra ipſorum commodum producenda ad ſeveritatem. Porro Veteres proximum pubertati vocant eum qui prope pubertatem eſt *l. 4. §. 26. D. de doli mali & metus exceptione*, vel qui non multum a pubere ætate abeſt *l. 14. D. de Senatuſconſulto Silaniano*; qualis, qui jam tredecim annorum eſt. auctor mihi Servius ad Virgilium, *Eclog. 8. verſ. 39.* qui eſt,

Alter ab undecimo tum me jam ceperat annus.

nam ſic ſcribit. *Id eſt, decimus tertius. alter enim de duobus dicimus, & vult ſignificare, ſe jam vicinum fuiſſe pubertati, quod de duodecimo anno procedere non poteſt. Bene cum annis jungit habitum corporis: nam & in jure pubertas ex utroque colligitur.*

Ex his apparet, eum qui ſervum aut pecudem injuria occidit, quacumque ætate ſit, aut conditione, lege Aquilia teneri. Quid, ſi ſervus ſit? in eo non una inſpectio eſt: nam vel ignorante, vel invito, vel ſciente, vel jubente, domino occidit. & ſi inſciente, vel invito, domino occidit, tantum dabitur contra dominum noxalis actio; quia non debuit dominus ex maleficio ſervi teneri ulterius, quam ut ſervum noxæ dedat. ſic ad hanc legem

gem definit Ulpianus lib. 18. ad Edictum *l.* 2. *D. de noxalibus actionibus.* ſcilicet, ne eſſet in poteſtate ſervi, dominum aut invitum, aut ignorantem, in infinitum obligare. Quid, ſi jubente domino occidat ſervus? placet, dominum, qui occidi jubet, civili interpretatione occidere intelligi. tenebitur igitur dominus ea in ſpecie ſuo nomine *d. l.* 2. Sed an ſervi quoque nomine tenebitur noxali judicio? non putat Paulus *l.* 169. *D. de regulis juris*, *Eum*, inquiens, *damnum dare videri*, *qui jubet dare*; *ejus vero nullam culpam eſſe*, *cui parere neceſſe ſit.* Sic Paulus: nec dubium, quin ad legem Aquiliam reſpiciat: quippe cum is locus ſit ex libro ejus ſecundo ad Plautium, ex quo item ſunt *l.* 33. *D. Ad legem Aquiliam*, & *l.* 13. *D. de interrogationibus in jure faciendis:* quas certum eſt ad legem Aquiliam pertinere. Igitur ſi ſervus juſſu domini damnum injuria dedit: tantum dominus deliquit, teneturque ſuo nomine directa actione: ſervus non deliquit, neque ejus nomine adverſus dominum competit noxalis actio. idque indiſtincte verum eſt, ſive homine occiſo damnum dederit ſervus, ſive aliter: nam utrâque in ſpecie Aquilia parcit parenti imperio domini. Quid, ſi hominem occiderit, non quidem jubente domino, ſed ſciente, & non prohibente? & ſi tantum ſcivit dominus, ſed non prohibuit; non poteſt excuſari ſervi factum: quæ enim neceſſitas ei fuit parendi domino, qui nihil juſſit, etſi ſcivit, & non prohibuit? nulla ſane. Igitur obligatur ea in ſpecie ſervus, quia fecit; etiam dominus, quia cum poſſet, non prohibuit *l.* 4. §. 1. *D. de noxalibus actionibus*, & non prohibendo juſſiſſe intelligitur: ut Seneca cenſet *in Troad.* cum infit.

Qui non vetat peccare, cum poteſt, jubet.

Hoc, ſi occidit ſervus, domino ſciente & non prohibente: at eo jubente ſervus ſi fecit, ut dixi, a lege Aquilia excuſatur. Niſi reſiſtit lex Duodecim Tabularum, qua cautum fuit, Si ſervus, ſciente domino, furtum fecit, vel aliam noxam commiſit, ſervi nomine quidem noxalem actionem dari, dominum autem ſuo nomine non teneri. Et, ſi Ulpiano fides in *d. l.* 2. §. 1. quæ eſt ex libro ejus XVIII ad Edictum, credidit Celſus, intereſſe inter legem Duodecim Tabularum & legem Aquiliam: nam illam quidem ſic acceptam eſſe, quaſi non voluerit, ſervos hac in re dominis obtemperare; hanc vero ita, quaſi ignoverit ſervo, qui domino paruit, ipſe periturus, ſi non feciſſet. cæterum etſi ceſſet lex Aquilia, tamen quia uſitatum eſt, priores leges etiam ad poſteriores trahi, magis viſum Ulpiano ex auctoritate Juliani & Marcelli *d. l.* 2. §. 1. cum lege Aquilia etiam legem Duodecim Tabularum concurrere, & per illam non tam ſervum excuſari, quam dominum onerari: igitur actionem noxalem ſervi nomine, ſi is damnum dedit, domino jubente, etiam adverſus dominum permitti. Atque ita eſt: lex Aquilia parcit ſervo, hominem aut pecudem juſſu domini occidenti: ſed lex Duodecim Tabularum, aliæque partes juris ei non parcunt, cum domino obtemperat illa in ſpecie, aut etiam in aliis, in quibus arguitur atrocitas ſceleris: etſi ei ignoſcunt parenti in his in quibus ea nulla arguitur: auctore Ulpiano *l.* 157. *D. de regulis juris.* Utrumque indicat Alfenus: ſic ſcribens, *Servus non in omnibus rebus ſine pœna domino dicto audiens eſſe ſolet: ſicut ſi dominus hominem occidere, aut furtum alicui facere, ſervum juſſiſſet. Quare, quamvis domini juſſu ſervus piraticam feciſſet, judicium in eum poſt libertatem reddi oportet. Et quodcumque vi feciſſet, quæ vis a maleficio non abeſſet: ita oportet pœnas eum pendere. Sed ſi aliqua rixa ex litibus & contentione nata eſſet, & ab his rebus facinus abeſſet: tum non convenit Prætorem, quod ſervus juſſu domini feciſſet, de ea re in liberum judicium dare l.* 20. *D. de obligationibus & actionibus.* Sic ille: Seneca quoque *lib.* 3. *De beneficiis c.* 20. Verba Senecæ. *Non aut nos omnia jubere poſſumus, aut in omnia ſervi parere coguntur. Contra rempublicam imperata non facient, nulli ſceleri manus commodabunt.* Tantum de ſervo.

Idem dicemus de homine libero, ſi juſſu alterius manu injuriam dedit: nam actio legis Aquiliæ cum eo eſt qui juſſit, ſi modo jus imperandi affuit: quod ſi non habuit, cum eo agendum eſt qui fecit *l.* 37. *D. Ad legem Aquiliam.*

Ut dixi, lex jubet, eum damnari qui ſervum aut pecudem injuria occidit; & perſonam quæ teneatur, ſingularem ac certam indigitat. Quid, ſi homo a pluribus in rixa ſit occiſus? ait Ulpianus, ſi liquet, cujus ictu perierit, illum ſolum, quaſi occiderit, lege Aquilia teneri: ſin ignoretur, magis omnes, quaſi occiderint, lege Aquilia obligari *l.* 11. §. 2. *l.* 51. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.* Sic ille. An vere? fac, in his eſſe qui hominem percuſſerint, ſed non vulneraverint, aut non occiderint: quid dicemus, eos teneri? Si tamen hoc cui durius videbitur; is cogitet, ecquid melius conſtituere poſſit: ſed eo deveniet, ut aut neminem ex his legi Aquiliæ obliget, aut unum. at ſi neminem dicet, aperte abſurdus erit: cum maleficia impunita eſſe non oporteat. quod ſi unum dicet, pene fruſtra erit: quis enim diſtinguat in re obſcura, in qua nemo cædis manifeſtus eſt, quis omnium potius lege Aquilia teneatur? abeunt igitur in diverſum & diſputationis ſubtilitas, & puniendi maleficii ratio. Sed placuit, pro communi utilitate definire, omnes teneri, etſi nemo arguitur: ita enim ſolent noſtri; quoties nihil ſine captione inveſtigari poteſt, eligunt id quod minimum habeat iniquitatis *l.* 200. *D. de regulis juris.* Igitur, homine a pluribus occiſo, omnes in ſolidum tenentur. Sed quomodo? perinde quaſi ſinguli peccarint; itaque conſequens eſt, ut, ſi u-

nus ſolvat, cæteros non liberet, cum ſit pœna: id eſt, cum pœnam ſolvat, ſed ſuam *l.* 11. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam.* Neque obſtat actio Quod metus cauſa: qua, re per multos metu ablata, omnes ſimiliter tenentur, ſed ut unius ſolutio cæteris ad liberationem proficiat *l.* 14. *& l. ſeq. D. Quod metus cauſa.* intereſt enim, quod actio Quod metus cauſa naturaliter perſequutoria habetur, etſi pœnalis ſit per cauſam non reſtitutæ poſſeſſionis: contra Aquilia natura pœnalis habetur, perſequutoria non habetur, præterquam per occaſionem. ita in altera, quod unus ſolvit, reliquos liberat: in altera, quod unus ſolvit, non relevat reliquos: quia in altera magis rem, in altera magis pœnam, ſolvere intelligitur. Quamquam & hoc difficultatem recipit, propter actionem De dejectis & effuſis: qua, ſi quid dejectum vel effuſum ſit ex plurium cœnaculo, omnes quidem in ſolidum tenentur, ſed ſi unus ſolverit, reliqui liberantur *l.* 1. §. *ult. & ll. ſeqq. D. de iis qui dejecer. vel effuder.*; & tamen hæc æque pœnalis actio eſt, ac illa quæ eſt legis Aquiliæ. Sed obſervandum eſt; quod homine a pluribus percuſſo, plura facta accuſantur; neque iniquum eſt, ſui quemque facti pœnam præſtare *l.* 9. *D. de noxalibus actionibus:* ſed cum ex plurium cœnaculo quid dejectum aut effuſum eſt, una tantum culpatur dejectio aut effuſio: in qua æquum eſt, unam ſaltem condemnationem fieri; & in ſolidum quidem teneri omnes: ſed non alia cauſa, quam quod unus ignoratur.

Ex his ſequitur elegans quæſtio, quam Julianus proponit, & definit, ſed infeliciter, verbis ſequentibus *l.* 51. *D. Ad legem Aquiliam.*

Ita vulneratus eſt ſervus, ut eo ictu certum eſſet moriturum: medio deinde tempore heres inſtitutus eſt, & poſtea ab alio ictus deceſſit. quæro, an cum utroque de occiſo lege Aquilia agi poſſit. Reſpondit, occidiſſe dicitur vulgo quidem qui mortis cauſam quolibet modo præbuit. ſed lege Aquilia is demum teneri viſus eſt, qui adhibita vi, & quaſi manu cauſam mortis præbuiſſet; tracta videlicet interpretatione vocis a cædendo & a cæde. Rurſus Aquilia lege teneri exiſtimati ſunt non ſolum, qui ita vulneraſſent, ut confeſtim vita privarent, ſed etiam hi, quorum ex vulnere certum eſſet aliquem vita exceſſurum. Igitur ſi quis ſervo mortiferum vulnus inflixerit, eundemque alius ex intervallo ita percuſſerit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, ſtatuendum eſt, utrumque eorum lege Aquilia teneri. idque eſt conſequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus [idem] ſervus ita vulneratus eſſet, ut non appareret, cujus ictu periiſſet, omnes lege Aquilia teneri judicaverunt. Æſtimatio autem perempti non eadem in utriuſque perſona fiet; nam qui prior vulneravit, tantum præſtabit, quanti in anno proximo homo plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis ſexaginta quinque diebus. poſterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire potuerit in anno proximo, quo vita exceſſit; in quo pretium quoque hereditatis erit. Ejuſdem ergo ſervi occiſi nomine alius majorem, alius minorem æſtimationem præſtabit. nec mirum, cum uterque eorum ex diverſa cauſa & diverſis temporibus occidiſſe hominem intelligitur. Quod ſi quis abſurde a nobis hæc conſtitui putaverit, cogitet longe abſurdius conſtitui, neutrum lege Aquilia teneri, aut alterum potius, cum neque impunita maleficia eſſe oporteat, nec facile conſtitui poſſit, uter potius lege teneatur. Multa autem jure civili contra rationem diſputandi pro utilitate communi recepta eſſe, innumerabilibus rebus probari poteſt. unum interim poſuiſſe contentus ero. Cum plures trabem alienam furandi cauſa ſuſtulerint, quam ſinguli ferre non poſſent, furti actione omnes teneri exiſtimantur: quamvis ſubtili ratione dici poſſit, neminem eorum teneri: quia neminem verum ſit eam ſuſtuliſſe.

Proponitur ſervus ita vulneratus eſſe a Titio; ut certum eſſet, eo vulnere moriturum eſſe. idem proponitur poſtea a Sempronio ictus deceſſiſſe: id eſt, ſtatim deceſſiſſe ex ictu, vel (ut Ulpianus inſit *l.* XI. §. 3. *D. eod. tit.*) exanimatus. id thema eſt, & intelligitur ex *l.* 15. §. 1. *eod. tit.* & illis quæ ſequuntur in *pr.* §. 1. *&* 2. *d. l.* 51. nam in his omnibus eſt fere idem ſermonis tenor. Igitur proponitur ſervus ita a Titio eſſe vulneratus; ut certum eſſet, eo vulnere moriturum eſſe. idem proponitur poſtea a Sempronio ictus ſtatim deceſſiſſe. Quæritur, an ſervi dominus poſſit cum utroque de occiſo experiri? Et Julianus putat. quam ob rem? quia parum diſtingui poteſt, uter magis occidiſſe videatur: alter enim mortifere vulneravit ſervum, alter exanimavit: alter præbuit morti cauſam, alter occidit: denique, in lege Aquilia non quidem occidiſſe intelligitur is qui quolibet modo, ſed qui adhibita vi, & quaſi manu, cauſam mortis præbuit: monſtrante id verbi, quod a cædendo venit & a cæde, proprietate atque origine. nec tamen hoc ſic acceptum eſt, quaſi proinde occidere is tantum videatur qui hominem ita vulneravit, ut eum confeſtim vita privaret; ſed & hic cujus ex vulnere certum eſſet eum vita exceſſurum eſſe. patitur ergo loquendi ratio & ambiguitas, ut uterque, quaſi occiderit, lege Aquilia teneatur. Idem ſuadet Veterum in re obſcura adverſus diſputandi ſubtilitatem ratio atque auctoritas. Ne multis opus ſit: ecce, ſervus a pluribus occiſus eſt, ſed cujus ictu perierit, parum liquet. item plures alienam trabem furandi cauſa ſuſtulerunt, ſed ſinguli eam ferre non potuerunt: poteſt in iſta ſpecie dici, eorum neminem ſuſtuliſſe: etiam poteſt in illa dici, neminem

quaſi

quaſi homicidam obligari: quia nemo convincitur. Sed ne utilitas puniendi maleficii probationis inopia intervertatur; utrimque obtinuit, magis omnes, quam neminem, obligari. id vero ſi in illis ſpeciebus placet; quid ni in propoſita dicetur? in qua neque maleficia impunita eſſe oportet, neque facile conſtitui poteſt, uter potius occiderit: quod alter fecit, ut homo moreretur: alter in cauſa fuit, ut maturius moreretur. Hæc Juliani ſententia: ſed neque rationi amica, neque uſu recepta eſt. E re erit, id paucis demonſtraſſe. Quod ait Julianus, hominem occidiſſe intelligi eos, quorum ex vulnere eum vita exceſſurum eſſe, conſtat: id veriſſimum eſt, cum mortifere vulneratus homo periit, non accepto poſt alio vulnere. at cum a Titio primum mortifere vulneratus, deinde a Sempronio ita percuſſus eſt, uti confeſtim exanimaretur, aliud dicendum eſt: quia, etſi moriturus fuiſſet ex Titii vulnere, tamen ex Sempronii vulnere mortuus eſt. at ſi homicida paret; quid utile eſt, cum qui homicida non eſt, homicidam interpretari? Nihil ſane: & ita Ulpianus *l.* 11. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam.*

Celſus ſcribit, ſi alius mortifero vulnere percuſſerit, alius poſtea exanimaverit, priorem quidem non teneri quaſi occiderit, ſed quaſi vulneraverit; quia ex alio vulnere periit. poſteriorem teneri, quia occidit. quod & Marcello videtur, & eſt probabilius.

Ait, Celſum ſcribere, cum Titius ſervum mortifero vulnere percuſſit, ſed Sempronius cum poſtea exanimavit, Titium quidem de vulnerato teneri, quia ſervus ex alio vulnere periit, id eſt, quia certum eſt, ſervum alio vulnere periiſſe: ſed Sempronium, quia occidit, id eſt, Sempronium, quia indubitate atque ipſo ictu occidit, de occiſo teneri. Id vero cum & Marcello videri, Ulpianus ſcribit, & longe probabilius dici: quid verius eſt, quam contrariam Juliani ſententiam non ratione tantum improbatam eſſe, ſed uſu quoque. Quid, ſi addam, vel Juliano diſplicuiſſe? forte id durum videtur, & tanto nomine indignum, Sed dies diem docet; & nihil veritus Imperator, Æmilii Papiniani, hominis ſane excellentis & ſublimis, variantes ſententias allegare *l. ult.* §. 3. *C. de furtis.* Sed neque puduit Papinianum *l.* 6. §. 1. *D. de ſervis exportandis*, ita ſcribere, *Nobis aliquando placebat*, & ſubjicere, *Sed in contrarium me vocat Sabini auctoritas.* Jam quis Ulpiano aut diligentior eſt, aut prudentior? hic tamen ejus quod retinet ſe dixiſſe, profitetur ſe contrarium arbitrari *l.* 92. *D. de conditionibus & demonſtrationibus.* Nec tantum noſtris ea placuit ingenuitas, ſed & Senecæ: nam *lib.* 4. *De beneficiis c.* 38. ſic infit. *Non eſt levitas a cognito & damnato errore diſcedere, & ingenue fatendum eſt. Aliud putavi, deceptus ſum. Hæc vero ſuperbæ ſtultitiæ perſeverantia eſt. Quod ſemel dixi, qualecumque eſt, fixum ratumque ſit.* Adeo Veteres, illi ſancti & religioſi homines, ſuos aliorumque lapſus pari ingenuitate & agnoſcebant, & caſtigabant: neque fuerit inſolens, aut Juliano indignum, ſi in illo conſimilem varietatem, an animi magnitudinem, indicamus ſimul, & laudamus: eam præſertim indigitante Ulpiano verbis ſequentibus *l.* 15. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.*

Si ſervus vulneratus mortifere, poſteq ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiſo agi non poſſe, ſed quaſi de vulnerato: ſed ſi manumiſſus vel alienatus ex vulnere periit, quaſi de occiſo agi poſſe, Julianus ait. hæc ita tam varie, quia verum eſt, eum a te occiſum tunc cum vulnerabas: quod mortuo eo demum apparuit. in ſuperiore non eſt paſſa ruina apparere, an ſit occiſus. ſed ſi vulneratum mortifere liberum & heredem eſſe juſſeris, deinde deceſſerit, heredem ejus agere Aquilia non poſſe.

Senſus eſt, ſi ſervus mortifere vulneratus, deinde ruina vel naufragio vel alio ictu maturius periit, prius vulnerantem non de occiſo, ſed de vulnerato, teneri: ſed ſi primum mortifere vulneratus, poſtea manumiſſus vel alienatus interiit, ut tamen ab alio non acceperit ſecundum vulnus, (ſic Græci hanc confingunt ſpeciem *Baſilic. lib.* 60. *tit.* 3. *p.* 80. & 81.) tum eum qui vulneravit, magis de occiſo teneri, quam de vulnerato. Hæc Ulpiani definitio, & ipſa ex Juliano, ut vides: cauſa ea, quod ſervus, qui a Titio vulneratus mortifere, periit non accepto poſt alio vulnere, fere ex Titii vulnere periiſſe videtur: cum præſertim non ſecuto ſecundo vulnere, nulla niſi ex priore mortis cauſa oſtendatur. proinde res ſic accipitur, quaſi ſervus jam tum, cum vulneratus eſt, occiſus ſit, ſed ejus cædes demum eo mortuo apparuerit. Hoc, ſi poſt primum vulnus non eſt aliud deinde inſecutum. at ſi ſervus a Titio mortifere vulneratus, dein ruina vel naufragio vel alio ictu periit: placet, Titium, etſi ſervo dederit mortiferum vulnus, de vulnerato quidem, ſed non de occiſo, teneri: quia ruina, verbi gratia, jam non eſt paſſa apparere, an ſervus a Titio occiſus ſit. imo ex ruina jam apparet, ſervum aliunde, quam ex Titii vulnere, periiſſe; licet alioquin ejus vulnus fuerit mortiferum.

Revertamur ad legem Aquiliam. Ait ea, *Qui occiderit, damnas eſto.* Lex quidem vult, cum qui occidit damnari; ſed de herede ſilet. At cum huc deventum ſit; ut, cum de herede quæritur, creditum ſit, referre, utrum pœnalis actio ſit, an rei perſequutoria, & hoc caſu heredem teneri, illo non alias, quam ſi locupletior factus ſit: hæc fere quæſtio erit, utrum actio legis Aquiliæ pœnalis ſit, an perſequutoria. Et puto, ſi reum ſpectes, niſi locupletior factus ſit damno dato, eam pœnalem actionem eſſe: ſin actorem ſpectes, interdum perſequutoriam videri: ut ſi homo, qui occiſus eſt, toto anno numquam pluris

fuit §. 23. *Inſt. de actionibus.* Cum tamen hoc ſit, non tam jure actionis ſit, quam per occaſionem: & ideo verius dicetur, quamquam mixta actio ſit, tamen magis pœnalem eſſe, neque adverſus heredem ejus qui occidit, competere. id præſertim, quia ea pœna lege Aquilia non tam ſingulis ſpeciebus, quam generaliter delicto, conſtituta eſt. §. 9. *Inſt. de lege Aquilia. l.* 23. §. 8. *D. eod. tit. l.* 111. §. 1. *D. de regulis juris.* Dixi, adverſus quos actio lege Aquilia competat.

CAPUT XI.

Ex primo capite legis Aquiliæ actionem dari hero, ſeu domino: id eſt, ei qui tum dominus fuit, cum ſervus aut pecus occideretur: neque intereſſe, utrum perpetuus dominus ſit, an temporarius. Quid, ſi deinde deſierit dominus eſſe? Quid, ſi poſt factus ſit, ſed fictione juris retro dominus habeatur? An domini appellatione bonæ fidei poſſeſſor contineatur? Et quid de fructuario, de commodatario, & creditore pignoratitio?

Sequens quæſtio erit, quibus ea actio detur. & apparet, *hero* dari. ſic enim lex loquitur: hero autem, id eſt, domino: ut Ulpianus exponit *l.* XI. §. 6. *D. Ad legem Aquiliam.* Herum porro lex generaliter dicit: qualiſcumque igitur herus ſit, cui damnum injuria datum eſt, ei Aquilia competit: nec refert, utrum perpetuum ejus dominium ſit, an deinde deſiturum: ſufficit enim, tum herum eſſe; cum ſervus occiditur: neque minus ſervum ſuum eſſe vindicabit dominus, etſi dominium ab eo abiturum ſperetur *l.* 66. *D. de rei vindicatione.* exemplum tale in *l.* XI. §. 7. *D. Ad legem Aquiliam:* In ſervo, quem tibi redhibiturus ſum, damnum injuria datum eſt: quæritur, utrum legis Aquiliæ actio mihi competat, an tibi: nam tu futurus es ſervi dominus, ego deſiturus ſum. ego tamen interim dominus ſum. igitur verius eſt, actionem mihi competere: ſed redhibito ſervo cogar tibi reddere omnia, quæ mihi per eum extra rem meam adquiſita ſunt: id enim redhibitioni conſequens eſt *l.* 23. §. *ult.* & *l.* 24. *D. de Ædilitio edicto.*

Plus dicam: ſi ſervi dominus fui, cum occideretur, ſed eſſe deſii vel alienatione, vel manumiſſione, vel ſimiliter; nihilominus competit mihi actio legis Aquiliæ. Pomponius certe inquit, Quæcumque actiones mihi ſervi mei nomine cœperunt competere vel ex Duodecim Tabulis, vel ex lege Aquilia, vel injuriarum, vel furti, eædem durant, etſi ſervus poſtea vel manumiſſus, vel alienatus, vel mortuus fuerit *l.* 56. *D. de obligationibus & actionibus.*

Dat igitur lex actionem domino: id eſt, ei qui dominus fuit, cum daretur damnum. Quid: ſi tum non fuerit, ſed poſt dominus factus, fictione juris retro dominus habeatur? Et Pomponius putat, etiam huic actionem dari, propoſitis variis exemplis *l.* 43. *D. Ad legem Aquiliam.* Unum eſt, ſi cui damnum datum fuit, cum in hoſtium poteſtate eſſet: qui quo tempore hoſtium ſervus fuit, non fuit ſervi ſui dominus: & tamen reverſus poſtliminio, perinde agere poterit, ac ſi ſemper in civitate, id eſt, ſemper dominus, fuiſſet. Alterum exemplum eſt: ſi ſervus occiſus ſit poſt domini mortem, ante quam natus ſit ejus poſthumus: nam quamdiu nondum natus eſt, nondum dominus videtur; ſed cum natus eſt, datur utilitati ejus, ut jam tempore mortis ſervi natus, id eſt, dominus, fuiſſe intelligatur. Similiter ſi ſervus occiſus ſit vivo domino; poterit heres ejus, quamquam non fuerit ſervi dominus, tamen quia dominum repræſentat adita hereditate, lege Aquilia experiri. Prætetea ſi ſervus, jacente hereditate, ſit occiſus, quia nemo jam dominus ejus eſt, placet, actionem hereditati, velut dominæ, adquiri, ſed ut ea heres, adita hereditate, experiatur. *d. l.* 43. *l.* 13. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam.* Similis aut major fictio adhibetur, cum ſervus legatus poſt aditam hereditatem occiſus fuit, antequam legatarius legatum agnoſceret: nam ſi jam ante agnovit, videtur legatarii fuiſſe a tempore aditæ hereditatis: ſi vero neque agnovit, ſed neque repudiavit, in ſuſpenſo dominium eſt: prorſus, ut ſi poſt agnoſcat legatum, ejus retro fuiſſe videatur; ſin repudiet, magis heredis retro fuiſſe intelligatur *l.* 44. §. 1. *l.* 86. §. 2. *D. de legatis lib.* 1. Puto, id Ulpianus vult *d. l.* 13. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam*; cum ſic ſcribit, *Si ſervus legatus poſt aditam hereditatem ſit occiſus, competere legis Aquiliæ actionem legatario, ſi non poſt mortem ſervi adgnovit legatum. quod ſi repudiavit, conſequens eſſe ait Julianus dicere, heredi competere.* Ita Florentiæ legitur, *ſi non poſt:* ſed, quod ſuadet codex Haloandrinus, ſcribendum eſt, *ſi modo poſt:* parva neque inſrequente mutatione: cum vox iſta *non* ita *nō*, illa *modo* ſic *mō* ſcribi ſoleat. Sed hoc quia memini me in ſimilibus obſervare & tradere *lib.* 3. *Probabilium juris c.* 4. actum non agam. Potius videbo, ſi ſervus legatus ante aditam hereditatem occidatur, cui Aquilia competat. Et Ulpianus ait *l.* 15. *D. Ad legem Aquiliam*, apud heredem remanſuram Aquiliam, per hereditatem illi adquiſitam. Quod ſic accipiendum eſt, ut ad legatarium ne tum quidem pertineat ſi velit, legatum adita hereditate agnoſcere: quamquam

quam enim legatum dominum facit legatarium, tamen non ante facit, quam cum hereditas ab herede adita ſit: ut Theophilus obſervat *ad.* §. 2. *Inſt. de legatis:* hoc vero tempore legato extincto interitu legati ſervi, non putarunt Veteres, legatarium aut poſſe id adgnoſcere, aut ejus dominum fieri. Quid ergo? placuit, actionem legis Aquiliæ heredi per hereditatem acquiri, neque cum teneri hanc legatario cedere; ſed rem perinde haberi, ac ſi ſervus legatus cum lucro heredis mortuus eſſet; quod interdum fieri Marcianus probat *l.* 114. §. *ult. D. de legatis lib.* 1. Ita, ſi ſervus legatus ante aditam hereditatem ſit occiſus. Quid, ſi vulneratus ſit, non occiſus? remanet in hereditate actio: ſed heres eam legatario cedere debet *l.* 15. *D. Ad legem Aquiliam:* quia homine, qui legatus eſt, vulnerato, extat hominis legatum, etiam peti poteſt: quid ni igitur actio quæ heredi per hereditatem adquiſita fuit occaſione hominis legati, ab eo legatario cedatur? *l.* 66. §. 2. *D. Ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Hoc, ſi extraneus, id eſt, non heres, occiderit legatum ſervum: quid, ſi eum heres ipſe occiderit? dicendum eſt, dandam legatario in heredem eſſe actionem *l.* 14. *D. Ad legem Aquiliam:* maxime, ſi eum poſt aditam hereditatem, amplius poſt agnitum legatum, occiderit: nam ſi ante occiſus ſit, quia ſublatus eſt, priuſquam legatarii fuit, Aquilia ceſſat, ſed ei ex teſtamento actio dabitur *l.* 7. §. 4. *D. de dolo malo.*

Igitur lex, occiſo ſervo, conſulit domino: addo, & bonæ fidei poſſeſſori: nam quamvis is non ſit dominus, tamen bona fides ei tantumdem præſtat interpretatione, quantum veritas *l.* 136. *D. de regulis juris:* id eſt, quantum verum dominium. proinde ut domino propter dominium, ſic poſſeſſori popter bonam fidem, indulgetur legis Aquiliæ actio: ſed alteri directa ex verbis legis, alteri ex mente utilis, quam Ulpianus actionem in factum vocat *l.* 11. §. 8. *D. Ad legem Aquiliam.* idque adeo placet, ut etiam ipſe dominus, ſi injuria occiderit ſervum ſuum, qui ab alio bona fide poſſidetur, huic actione in factum teneatur *l.* 17. *pr. D. eod. tit.* Hoc in bonæ fidei poſſeſſore.

Quid de fructuario dicemus? & quia uſuſfructus magis in jure, quam in parte, habetur *l.* 25. *D. de verborum ſignificatione*, quippe cum ſit jus utendi fruendi rebus alienis *l.* 1. *D. de uſufructu:* apparet, fructuarium neque rei dominum eſſe *l.* 43. §. *ult. D. de furtis*, neque directam legis Aquiliæ actionem exercere. Habet tamen jus in re *l.* 19. *D. de damno infecto*, ejuſque emolumentum *l.* 66. §. 6. *D. de legatis lib.* 2. & ob id dominum imitatur multis caſibus *l.* 4. *D. de uſufructu*; eo certe nomine illi datur utilis aquæ pluviæ arcendæ actio *l.* 22. *D. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ actione.* quid mirum igitur, ei etiam utilem actionem dari exemplo Aquiliæ *l.* 17. §. *ult. D. de uſufructu. l.* 11. §. *fin. D. Ad legem Aquiliam.*

In commodatario non idem viſum: Ulpianus ſane *l.* 11. §. 9. *D. Ad legem Aquiliam* cum cui veſtimenta commodata ſunt, ſi ſciſſa fuerint, negat lege Aquilia agere, ſed dominum. Neque obſtat, quod actio Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur etiam commodatario & fulloni prodeſt *l.* 2. *D. Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.* nam Græcis placet *Baſilic. lib.* 60. *tit.* 3. *pag.* 75. & 76. damnum ab homine datum, ideo commodatarium aut fullonem non ſequi; quia nulla poſſunt diligentia cavere, ne ſibi a quo alio qui viribus aut ingenio eis par aut ſuperior ſit, damnum injuria inferatur: quod & traditum *l.* 19. *D. Commodati vel contra. l.* 41. *D. Locati conducti.* at ſi a quadrupede datum ſit damnum; placet, damnum ad eos pertinere ideo, quia hanc abigendo impetrare poſſunt, ne ea rem locatam aut commodatam faciat deteriorem: idcirco rationis eſſe; ut hac in ſpecie eis adverſus dominum animalis noxalis actio accommodetur, cum ipſi commodatori aut locatori de cuſtodia teneantur; illa autem in ſpecie eis non detur ex lege Aquilia actio: quippe cum ipſi hactenus commodatori aut locatori de cuſtodia non teneantur, ſed res domino pereat.

Quæſitum inde apud Paulum *l.* 30. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam*, ſi ſervus pignori datus injuria occiſus ſit, utrum debitori, an creditori, competat legis Aquiliæ actio? quæſtio in eo vertitur, quod debitor dominus eſt, creditor non eſt. Sed quid, ſi interſit creditoris, hanc actionem ei ideo dari, quod debitor ſolvendo non eſt, ob hujuſque inopiam ei inanis eſt perſonalis actio, id eſt, debitum perit: ut bene Martialis interpretatur *l.* 2. *Epigr.* 3. his verſibus.

Sexte nihil debes, nil debes, Sexte, fatemur:
Debet enim ſi quis, ſolvere, Sexte, poteſt.

Quid, ſi idcirco creditoris interſit, quod litem tempore amiſit, puta, actionem redhibitoriam, quanti minoris, vel ſimilem quæ tempore finitur? conſtat enim, principali actione per præſcriptionem ſublata, nihilominus hypothecariam actionem ſupereſſe, durante naturali obligatione *l.* 27. *D. de pignoribus & hypothecis. l.* 59. *D. Ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Hæc quæſtio *d.* §. 1. *l.* 30. in qua reſpondet Paulus, dandam utrique eſſe actionem: id eſt, & creditori, & debitori: creditori quidem utilem (quæ & quaſi Aquilia appellatur *d. l.* 27.) uſque ad modum debiti, atque ut eam debito imputet, id eſt, ut, ſi debitum conſequutus ſit, debitorem liberet: debitori vero directam in hoc quod debitum excedit. Sed quod de debitore ſcribit Paulus, veriſſimum eſt, cum debitor dominus ſit: ſed in creditore qui procedit? maxime cum is non ſit dominus; & in commodatario contra reſponſum ſit, eo quod dominus non eſt. Sed refert, quod creditor: etſi dominus non ſit, tamen

& jus in re *l.* 19. *D. de damno infecto*, *l.* 30. *D. de noxalibus actionibus*, & in rem actionem habet §. 7. *Inſt. de actionibus:* commodatarius vero neque dominus eſt, neque jus in re, neque in rem actionem, habet: proinde non intereſt commodatarii; cum res non ei, ſed domino pereat: creditoris intereſt, cum & illi pereat res, non tantum domino.

CAPUT XII.

De æſtimatione occiſi hominis aut pecudis ex primo capite legis Aquiliæ.

Supereſt, ut de exitu actionis legis Aquiliæ diſputemus: is exitus eſt, ut qui hominem aut pecudem injuria occidit, domino tanti condemnetur, quanti in eo anno plurimi fuit. idque conſequens eſt legis clauſulæ, *Quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum æs dare domino damnas eſto:* qua clauſula æſtimatio damni dati indigitatur. ea clauſula anni meminit, & hunc retrorſum computat, ex quo quis occiſus eſt, repetitis trecentis quinque & ſexaginta diebus *l.* 21. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam:* quæ certa computatio eſt, ſi qui mortifere vulneratus fuit, ſtatim mortuus eſt. ſed quid, ſi mortuus ſit poſt longum intervallum? non æque certa computatio videtur: ſiquidem Celſus annum inde numeravit, ex quo homo mortuus; Julianus, ex quo vulneratus eſt. argumentum Celſo fuit, quod momentum cædis mortiſque aut idem venit, aut non ſeparatum habetur: Juliano, quod occidere in hac lege non ita acceptum eſt, quaſi eos complectatur tantum, qui hominem ita vulnerant, ut is ſtatim exſpiret; ſed hos quoque, quorum ex vulnere certum eſt hominem vita exceſſurum eſſe: adeo vulneratus homo illi jam tum occiſus videtur, cum vulneratus eſt, ſed cædes eo mortuo demum apparuiſſe intelligitur. Hoc Juliani argumentum; &, ſi Ulpiano fides, uſu obtinuit *l.* 21 *pr. &* §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.*

Igitur quanti homo fuit eo in anno, tanti homicida condemnatur. idque expeditum eſt in eo qui anno major occiditur: verum in infante difficultatem recipit, ſi periit intra annum quo natus eſt: quia illi non convenit æſtimatio, quanti is in eo anno plurimi fuerit. Sed placuit, legem Aquiliam in infante, qui anno minor occiditur, non intelligi ita, ut ejus verba ſonant, ſed ita, ut mens & ſententia ejus patitur: & ideo perinde accipi, quaſi velit, infantem eum, quanti hac anni parte, qua vixit, plurimi fuit, ſaltem tanti æſtimari *l.* 23. §. 7. *D. Ad legem Aquiliam.*

Ait lex, *Plurimi.* Hoc verbo illa ſententia exprimitur: ut, ſi quis hominem tuum occiderit, qui hodie claudus aut mancus aut luſcus erit, qui in eo anno integer aut pretioſus fuit, non tanti teneatur, quanti hodie erit, ſed quanti in eo anno plurimi fuerit §. 9. *Inſt. de lege Aquilia.* Exemplum in *l.* 23. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam:* proponitur ibi præciſus pretioſo pictori pollex: idem pictor deinde occiſus intra annum, quo præciſus ei eſt pollex: & de lege Aquilia quæritur. ait Ulpianus, *Poſſe* [*eum*] *Aquilia agere: pretioque eo æſtimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amiſiſſet.* Ita Florentiæ legitur: ſed placet ingenioſa & elegans conjectura Jacobi Cujacii, viri ſummi & eruditiſſimi: qui pro, *poſſe eum Aquilia agere*, reſtituit, *poſſe erum Aquilia agere:* præfatus, Veteres *erum* & *herum* pro domino promiſcue dixiſſe; tum, *eum*, id eſt, ſervum pictorem, cui & pollex præciſus, & vita adempta eſt, lege Aquilia poſſe agere, dicturum neminem, cui ſanum ſinciput eſt.

Illud ſupereſt, ut videamus, cum lex ait, *Quanti fuerit*, utrum corpus ſolum æſtimemus, quanti fuerit, cum occideretur, an quanti interfuerit noſtra, non eſſe occiſum. Movet dubium, quod hæc verba, *Quanti res eſt*, ſi eorum proprietas quæritur, non ad id quod intereſt referuntur, ſed ad veram rei æſtimationem *l.* 179. *& l.* 193. *D. de verborum ſignificatione. l. unic.* §. *ult. D. Si quis jus dicenti non obtemperaverit. l.* 4. §. XI. *D. Vi bonorum raptorum.* Contra movet, quod ea legis Aquiliæ ratio eſt: ut damnum, quod domino datum eſt occiſo ſervo, domino reſtituatur: hoc autem fieri nequit, niſi ei omnis præſtetur utilitas, quæ in re eſt, aut ei, propter ſervi cædem, abfutura videtur. Verum cum ſcire leges ſit, earum non verba tenere, ſed vim ac poteſtatem; fere poſtremum placuit. Ulpianum audi *l.* 21. §. *ult. D. Ad legem Aquiliam.* infit, Hoc jure utimur, ut ejus quod intereſt æſtimatio fiat. Et Imperator Juſtinianus §. 10. *Inſt. eod. tit.* ſic ſcribit, Illud non ex verbis legis, ſed ex interpretatione placuit, non ſolum perempti corporis æſtimationem habendam eſſe, ſed eo amplius, quidquid præterea perempto eo corpore damni vobis illatum fuerit. Et addit exemplum, veluti, inquiens, ſi ſervum tuum heredem ab aliquo inſtitutum ante quis occiderit, quam is juſſu tuo hereditatem adierit: nam hereditatis quoque amiſſæ rationem eſſe habendam conſtat. item ſi ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum, quis occiderit, vel ex comœdis unus ſervus occiſus fuerit, non ſolum occiſi fit æſtimatio, ſed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati ſunt qui ſuperſunt.

Ex his conſtat, hominem, quanti intra annum proximum fuit, tanti æſtimari. hoc autem utrum ex domini affectione definimus, an

an quanti omnibus valet? verbi gratia, (quæ eſt ſpecies *l. 33. D. Ad legem Aquiliam*) filium tuum naturalem quis occidit. eum filium tu magno emptum velles. (in quibuſdam libris eſt, *magno pretio:* ſed Florentiæ legitur, *magno*, ut, *plurimo*, paulo poſt: & ita locuti Veteres. Virgilius *lib. 2. Æneid. verſ.* 104. *Hoc Ithacus velit, & magno mercentur Atridæ.* Ubi Servius, *Magno mercentur, id eſt, pretio, ut, Turno tempus erit, magno quum optaverit emptum intactum Palanta*) filium, inquam, tuum naturalem quis occidit: eum tu magno emptum velles. quanti æſtimandus, utrum quanti tibi eſt, qui eum plurimo emeres, motus paterna pietate, an quanti omnibus valet? ego hoc malim: quia non quanti dominus hominem facit, tanti eſt, ſed quanti pro tempore valet. Hoc ſenſu Seneca *lib. 6. De beneficiis c.* 15. *Pretium cujuſque rei pro tempore eſt. Cum bene iſta laudaveris: tanti ſunt, quanto pluris vænire non poſſunt.* Pedius quoque apud Paulum *l. 33. D. Ad legem Aquiliam* ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate ſingulorum, ſed communiter fungi. Et ipſe Paulus infit, in lege Aquilia amiſiſſe dicimur, quod aut conſequi potuimus, aut erogare cogimur. Tantum de primo capite legis Aquiliæ.

CAPUT XIII.

Secundum caput legis Aquiliæ in deſuetudinem abiiſſe, & vim ejus ignorari.

Secundum caput legis Aquiliæ in deſuetudinem abiit, ut Ulpianus ait *l. 27. §. 4. D. Ad legem Aquiliam.* Quid autem hoc comprehenſum fuerit, nondum didici; etſi ea, quæ ab aliis adferuntur, non ignorem. ſed neque, ut diſcam, ſudaverim fruſtra: cum in univerſa antiquitate de eo capite nihil aliud extet, quam quod in uſu non eſt. præterea puto, in omni diſciplina hoc maxime obſervandum eſſe, quod Cicero monet *De officiis lib.* 1. ut duo vitia vitentur: quorum unum eſt, ne incognita pro cognitis habeamus, hiſque temere aſſentiamus: alterum eſt, ne nimis magnam multamque operam conferamus in res obſcuras, eaſdemque non neceſſarias. quibus vitiis declinatis, quod in rebus honeſtis & cognitione dignis operæ curæque ponitur, id, inquit, jure laudatur.

CAPUT XIV.

Verba capitis tertii legis Aquiliæ Eo capite caveri de cætero omni damno, præter hominem & pecudem occiſos. Quid de apibus aut ſimilibus feris beſtiis? Emendatur Ulpiani Fragmentum Tit. 12. Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.

Tranſeamus ad legis Aquiliæ caput tertium, cujus verba Ulpianus *l. 27. §. 5. D. Ad legem Aquiliam* ait talia fuiſſe.

Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occiſos, ſi quis alteri damnum faxit, quod uſſerit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas eſto.

Ait lex, *Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occiſos.* Vetus locutio eſt, cujus ſenſus eſt, Quantum ad cæteras res, vel, in cæteris rebus: ut pluribus oſtendit V. CL. Franciſcus Hotmanus *lib. 4. Obſerv. c.* XI. & poſt eum probavit Gaſper. Schoppius *lib. 1. Veriſimilium c.* 19. egregio Symmachi loco. Apparet autem ex his verbis, hoc capite de cætero omni damno caveri. itaque ſi quis ſervum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero non eſt, veluti canem, aut feram beſtiam, vulneravit, aut occiderit, hoc capite actionem conſtitui. in cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicari, Juſtinianus obſervavit §. 13. *Inſt. de lege Aquilia.* Quamquam quod de feris beſtiis ſcripſit, olim dubitationem habuit: quæ intelligi poteſt ex Ulpiani verbis ſequentibus, quæ extant apud Licinium Rufinum *Tit. 12. Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum* in fine.

Item Celſus libro XVII *Digeſtorum ſcribit, ſi cum apes meæ ad tuas advolaſſent totas exuſſerit, quoſdam negare competere legis Aquiliæ actionem, inter quos & Proculum, quaſi apes dominii mei non fuerint. Sed id falſum eſſe Celſus ait, cum apes revenire ſoleant, & fructui miſſi ſunt. Sed Proculus eo movetur, quod nec manſuetæ, nec ita clauſæ fuerint. h. d. Ipſe autem Celſus ait nihil inter has & columbas intereſſe, quæ ſi manu refugiunt, domi tamen fugiunt.*

Ita vulgo editur; nec dubito, quin corruptè. Pithœus ſane pro, *fructui miſſi ſunt*, legit, *fructui mihi ſunt*. Etiam pro, *totas exuſſerit*, habent Pandectæ, *tu eas exuſſeris l. 27. §. 12. D. Ad legem Aquiliam.* quod non improbem; quamquam non ignorem, *totas*, pro, omnes, recte & ſæpe dici: ut in *l. 63. D. de procuratoribus. pr. Inſt. de ſocietate. §. ult. Inſt. Qui & quibus ex cauſis manumittere non poſſunt. l. 37. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Sequitur. *quod nec manſuetæ, nec ita clauſæ fuerint.*

Sed

Sed conjicio. *quod nec manſuetæ, nec in alveo clauſæ fuerint.* Ita enim Veteres, Gajus *l. 5. §. 2. D. de adquirendo rerum dominio. Apium quoque fera natura eſt, itaque apes, quæ in arbore tua conſederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur eſſe, quam volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint.* In fine quoque ejuſdem Fragmenti verba iſta, *quæ ſi manu refugiunt, domi tamen fugiunt*, ſenſu carent. Scribo, *quæ ſi mane effugiunt, domum tamen refugiunt.* Senſus, quæ ſi mane evolant, domum tamen revolant. Quintilianus de apibus *Declam.* 13. *An nou ipſæ domum ſua ſponte revolant, finemque laboris ſui ſole metiuntur, & omnis iutra ſolitas domos turba conditur, noctemque modeſto ſilentio trahunt.* Reſpicit autem uterque ad regulam juris civilis, cujus meminit Gajus *l. 5. §. 5. D. de adquirendo rerum dominio*, & Imperator §. 15. *Inſt. eod. tit.* ſic ſcribens. *Iu iis animalibus, quæ ex conſuetudine abire & redire ſolent, talis regula comprobata eſt, ut eo uſque tua eſſe intelligantur, donec revertendi animum habeant. nam ſi revertendi animum habere deſierint, etiam tua eſſe deſinunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur deſinere habere tunc, cum revertendi conſuetudinem deſeruerint.*

Hæc de Ulpiani verbis: cæterum vim diſputationis pulchre exhibet Quintilianus *d. Declam.* 13. ea gratia non pigebit me, ejus verba, etſi compluſcula, adſcribere. Ea verba ſunt. *In duas, quantum animadvertere potui, quæſtiones dividit cauſam, an damnum ſit, & an injuria datum. Negat eſſe damnum, quod animal liberum, & volucre, & vacuum, & extra imperia poſitum perdiderit.* Et poſt. *Quoniam quidem quæritur, an damnum ſit perdere, quod lucrum eſt habere. Liberum eſt animal puta: non dico fœtus meis manibus exceptes, & in tutam conditos ſedem, & reſervatis ad ſupplementa generis favis examen vernaculum, quoniam quidem tyrannorum jura defendis, natos iu privato meo: puta me vel inanis arboris trunco, vel cavis inventos petris, domum favos retuliſſe: multa nihilominus quæ libera fuerant, tranſeunt in jus occupantium, ſicut venatio, & aucupatio. Nam ut cætera animalia hominum cauſa finxerit providentia, quod omnibus naſcitur, induſtriæ præmium eſt. Quid autem non liberum natura genuit? Taceo de ſervis, quos bellorum iniquitas in prædam victoribus dedit, iiſdem legibus, eadem fortuna, eadem neceſſitate natos. Ex eodem cœlo ſpiritum trahunt: nec natura vilis, ſed fortuna dominum dedit. Cur infrenatis equis victor inſidet? Cur injuſto cotidie jugo boum colla deterimus? Cur in uſum veſtium ſæpe pecori lanæ detrahuntur; (Taceo de ſanguine & epulis, per mortem paratis) Si omnia quæ libera generantur, naturæ demus, deſinitis divites eſſe. Si vero hæc conditio eſt, ut quicquid ex his animalibus in uſum homini ceſſit, proprium ſit habentis: profecto quicquid jure poſſidetur, injuria aufertur, ut volucres mites, & aliæ quæ per ruſticas villas, quæque ditibus cellis ſaginantur, in quibus tamen domini ambigua poſſeſſio eſt, & vaccæ, & armenta, & omne pecudum genus. Sed illa impoſitus cohibet magiſter. Pejuſne dominio in iis jus eſt, quibus cuſtode non opus eſt? Nam ſi hoc dicitis, nihil eſſe noſtrum quod perire poſſit, ex nullius animalis damno hæc edi formula poteſt. Nam & errare pecudes ſolent, & fugere mancipia. Si hoc in cæteris non obſtat, vagari tu nolles apes, iu opus exire, & ad cotidianum cenſum laboris aſſidui non detrectare militiam. An non ipſæ domum ſua ſponte revolant, finemque laboris ſui ſole metiuntur, & omnis intra ſolitas domos turba conditur, noctemque modeſte ſilentio trahunt? Age porro, ut non ſit earum certa poſſeſſio, dum volant: nempe cum remearunt, concludi, transferri, donari, venire poſſunt: in poteſtate ſunt. Quomodo autem poteſt ſine damno meo perire, quod cotidie meum eſt? At extra imperia poſitum eſt. Mirum hercle, ſi negate commercio ſermonis humani, ſunt in cæterorum animalium forma. Tamen quam dominus dedit, incelunt ſedem, laſcivientem luxuria fugam tinnitu compeſcimus. Etiam ſi diverſis regibus coorta ſeditle ad bellum inflammavit iras, exiguo pulvere, vel unius pœna ducis reſedit omnis tumor. Illa vero admiranda ſedulitas, quod operi totus inſumitur dies, in dominorum reditus ablata ſupplentur. Age, ſi obſequi poſſent, quid amplius imperares? Intelligo his vanis ultra neceſſitatem eſſe reſponſum. Si non ſunt apes meæ, ne id quidem, quod his efficitur, meum eſt. Atqui nulla unquam inveniri potuit impudentia, quæ fructus mellis in dubium vocaret. Hoc ergo fieri poteſt, ut quod naſcitur, meum ſit: quod generat, alienum? Age, ſi mihi alvei furto abeſſent, utrum nulla daretur actio? An viminis modo, viliſque texti pretium formula taxaſſem, & perinde agerem quaſi inanes perdidiſſem? Niſi fallor, eſſet æſtimatio & apum. An tandem, quas ſurripere non liceret, liceat occidere? Non eſt damnum, quod exutus ſum? quod reditus perdidi? quod annuos fructus præſidia paupertatis amiſi? Non eſt damnum id perdidiſſe, quod (ut proximo utar argumente) ſi habere voluero, emendum eſt?*

CAPUT

CAPUT XV.

Hoc capite caveri quidem de cætero omni damno, ſed maxime, ſi quid uſtum, fractum, aut ruptum ſit. Hoc verbum, ruptum, videri generale, & ſic acceptum eſſe. corruptum An conſumptum rupti appellatione veniat? Ruptum ſeu corruptum non intelligi, niſi & damnum datum ſit.

Deinde ait lex, *Si quis alteri damnum faxit, quod uſſerit, fregerit, ruperit.* Si quis igitur hominem vel pecudem non occiderit, ſed cum aut quid aliud, uſſerit, fregerit, ruperit; ſine dubio ex his verbis legis agendum erit. Primum, ſi uſſerit: ut ſi ſervo meo facem objecerit, & eum aduſſerit *l. 27. §. 6. D. Ad Legem Aquiliam:* item ſi arbuſtum meum vel villam meam incenderit *d. l. 27. §. 7.* quod ſæpe contigit, vel laſcivia; vel imprudentia, facientium iter noctu ad lumina. Meminit Ovidius *lib. 1. Metam. fab. 9.* & Varro *lib. 1. De re ruſtica c. 14.* quibus adde Caſaubonum ad Suetonii *Julium c. 31.* Idem eſt, ſi quid fregerit: ut ſi ædificii mei fores confregerit vel refregerit *d. l. 27. §. 31.* verbi gratia, injuriæ cauſa *l. 53. D. de furtis*, aut per libidinem *l. 39. D. eod. tit.* aut per laſciviam, aut expilandi cauſa: quod ſolere nocturnos vagatores, teſtis eſt Juvenalis *ſat. 3. verſ.* 302. Suetonius quoque *in Nerone c. 26.* de eo ſic ſcribens. *Redeuntes a cœna verberare, ac repugnantes vulnerare, cloaciſque demergere aſſueverat, tabernulas etiam effringere, & expilare, quintana domi conſtituta, ubi partæ & ad licitationem dividendæ prædæ pretium aſſumeretur.* Item qui ruperit, lege Aquilia tenetur: ut ſi ſervum vulneraverit vel virgis, vel loris, vel pugnis, vel telo, vel quo alio, ut ei corpus ſcinderet, vel tumorem faceret *d. l. 27. §. 17.* vel ſi mulierem pugno, vel equam ictu, percuſſerit; & mulier, vel equa, ejecerit *d. l. §. 22.* id eſt, abortum fecerit: ut in *l. 39. D. eod. tit.* Idem, ſi navem perforaverit: nam & hic, quaſi ruperit, tenetur *d. l. 27. §. 24.* Idem, ſi maritus uxori margaritas extricatas dediſſet in uſu; eaque, inſcio vel invito viro, perforaſſet, uti pertuſis in linea uteretur *d. l. 27. §. 30.* Caſaubonus ad Capitolinum *in Maximino juniore c. 1.* ait, gemmas ornatui mulieris & ſolutas admoveri, & in lineam miſſas: inde margaritas extricatas ab Ulpiano opponi pertuſis, quibus in linea utebatur mulier. Leunclavius pro, *margaritas extricatas*, reponit, *margaritas atretas*; id eſt, non perforatas: cauſatus, his pertuſas ſeu perforatas ab Ulpiano opponi: tum, id verbum, *atretas*, extare apud Græcos *Baſilic. lib. 60. tit. 3. p. 96.*. Budæus putat, margaritas extricatas appellari, quæ ex rudi & nativo habitu arte gemmarii politæ ſunt. Cujacius *lib. 17. Obſerv. c. 37.* ait, exaluminatas a Plinio dici a detracto alumine, nondum pertuſas tamen & in lineam conjectas: ita Græcos ἀτρήτους interpretari. Quidquid eſt; extricare eſt ſolvere, ſeu expedire; & ait Plinius *lib. 9. Hiſtoriæ naturalis c. 35. Sanos quidem partus multiplici conſtare cute, non improprie callum ut exiſtimari corporis poſſit, itaque & purgari a peritis.*

Sed non ad hunc finem ſubſtitit interpretatio verbi, *ruperit:* verum, ut Ulpianus refert *d. l. 27. §. 13.* omnes Veteres fere id ſic intellexerunt, *corruperit.* ubi? in Fori diſputatione: in qua ſolebant Veteres, ſi de jure ambigeretur, cum rerum cauſas, tum verborum originem, uſum ac proprietatem, inquirere & definire: eaque definitio, etſi non haberet vim juris, præterquam uſu recepta; tamen magnæ auctoritatis habebatur. hujus inſtituti meminit Pomponius *l. 2. §. 5. D. de origine juris*; etiam Juſtinianus *pr. Inſt. de codicillis, & §. 25. Inſt. de rerum diviſione.* Igitur cum in Fori diſputatione dubitaretur, quid valeret verbum, *ruperit*; fere omnes Juriſconſulti id ſic intellexerunt, *corruperit*; ſub eoque & fracta, & colliſa, & effuſa, & quoquo modo perempta, aut deteriora facta, complexi ſunt *l. 27. §. 16. D. Ad legem Aquiliam. §. 13. Inſt. eod. tit.* Id vero ſi eſt: quid opus fuit tot verbis, *uſſerit, fregerit, ruperit*; cum ſola *rupti* appellatio ſufficeret? Sed verum eſt, quod Ulpianus obſervat *d. l. 27. §. 16.* legem voluiſſe, ſpecialiter quibuſdam enumeratis, generale ſubjicere verbum, quo ſpecialia complecteretur, idque novum non eſſe.

Igitur ſi quis corruperit, peremerit, deterius fecerit quid quoquo modo, is rupiſſe videtur. Quid, ſi conſumpſerit, verbi gratia, alienum vinum aut frumentum? proprie non dicetur rupiſſe: id eſt, ea aut corrupiſſe aut deteriora feciſſe: quippe quia ea adhibuit ad eum uſum, ad quem naturaliter ſunt inventa: quod non eſt corrumpere, aut deterius facere. non igitur tenetur directa actione legis Aquiliæ: ſed tenetur actione utili *l. 30. §. 2. D. Ad legem Aquiliam*, quam producit publica utilitas ex ſententia legis: eo pergentis, ne quod alteri per alterum damnum injuria inferatur. Idem dicendum eſt, ſi glans ex arbore tua cadat in meum fundum, eamque immiſſo pecore ego depaſcam: nam neque hic competit tibi legitima actio damni injuria: quia nec glans proprie dicitur corrumpi aut deterior fieri paſtu & conſumptione: ad quam a natura comparata eſt. Nihilominus quia iniquum foret, legis anguſtias tibi prodeſſe cum injuria mea, etiam eo porrigenda vide-

tur ſeveritas juris per actionem in factum: ut Ulpianus loquitur *l.* 14. §. 3. *D. de præſcriptis verbis:* id eſt, per utilem actionem. nam hanc indigitant Imperatores, Diocletianus & Maximianus *l. ult. C. de lege Aquilia.* Verba Imperatorum: *De his, quæ per injuriam depaſta contendis, ex ſententia legis Aquiliæ agere minime prohiberis.* Vides, ſi quæ per injuriam ſint depaſta, deficere legis Aquiliæ verba; ſed ſententiam non deficere: & ideo ceſſare directam actionem; ſed utilem dari. per injuriam, inquam: ut in illo Juvenalis *ſat.* 14. *verſ.* 140. *& ſeqq.*

— — — Ergo paratur
Altera villa tibi, cum rus non ſufficit unum,
Et proferre libet fineis, majorque videtur,
Et melior vicina ſeges. mercaris & hanc, &
Arbuſta, & denſa montem qui canet oliva,
Quorum ſi pretio dominus non vincitur ullo,
Nocte boves macri, laſſoque famelica collo
Jumenta ad virideis hujus mittentur ariſtas,
Nec prius inde domum, quam tota novalia ſævos
In ventres abeant, ut credas falcibus actum.
Dicere vix poſſis, quam multi talia plorent,
Et quot venaleis injuria fecerit agros.

Ex his patet, eum qui *ruperit*, hoc capite legis Aquiliæ teneri. ſed utrum tum demum, ſi damnum dederit, an & ſi non dederit? fac, quid rupiſſe; ſed hoc ab hominum uſu aut ſtudiis ipſa ruptione dignitatem aut pretium accipere: quod ſæpe evenit. Quintilianus, *Declam.* 298. *p.* 439. *Habent hoc quoque deliciæ divitum: malant quærere omnia contra naturam. Gratus eſt ille debilitate, ille ipſa infelicitate diſtorti corporis placet: alter emitur, quia coloris alieni eſt.* Simile Martialis in aceto Ægyptiaco obſervat *lib.* XIII. *Epigr.* 122.

Amphora Niliaci non ſit tibi vilis aceti,
Eſſet cum vinum, vilior illa fuit.

Sed rupiſſe intelligitur demum qui & damnum dedit: ſic enim lex ſonat. *Si quis alteri damnum faxit, quod uſſerit, fregerit, ruperit.* Proinde ſi ruperit, ſed rem aut pretioſiorem, aut nullo pretio viliorem, deterioremve, fecerit; hoc capite non tenetur: idque Ulpianus indicat *l.* 27. §. 17. *D. Ad legem Aquiliam*; cum ait, legem Aquiliam ruptiones non quaſcumque perſequi, ſed has quæ damnum dant, & ſervum ruptione viliorem deterioremve faciunt. Exemplum elegans in §. 28. *d. l.* 27. ſi quis alienum puerum caſtraverit: quamvis enim ſic puerum ruperit, tamen Aquilia ceſſat: quia libidini viſum, hominis integri aut caſtrati pretium non vera bonitate, ſed uſu cenſere; itaque caſtratum, etſi propter vitium exciſæ virilitatis natura vilior deteriorque ſit, tamen propter formam mollitiemque effeminati ſexus longe pretioſiorem, quam hominem integrum habere: ut probat Quintilianus *lib.* 5. *Inſt. orat. c.* 12. Plane ſi ſervus caſtratus pretio non quidem ſit deterior factus, verum ſumptus in ejus ſalutem & ſanitatem facti ſint, quia in hæc quoque videtur damnum datum, ideo lege Aquilia agi poterit *d. l.* 27. §. 17.

CAPUT XVI.

Emondatio l. 41. D. Ad legem Aquiliam.

Eodem pertinet quæſtio *l.* 41. *D. Ad legem Aquiliam.* in qua ita infit Ulpianus.

Si quis teſtamentum deleverit, an damni injuriæ actio competat, videamus. & Marcellus lib. 5. Digeſtorum dubitans negat competere. quemadmodum enim, inquit, æſtimatio inibitur? ego apud eum notavi, in teſtatore quidem hoc eſſe verum; quia quod intereſt ejus, æſtimari non poteſt. verumtamen in herede vel legatariis diverſum quibus teſtamenta pene chirographa ſunt. Ibidem Marcellus ſcribit, chirographo deleto competere legis Aquiliæ actionem. Sed & ſi quis tabulas teſtamenti apud ſe depoſitas deleverit, vel pluribus præſentibus legerit, utilius eſt in factum, & injuriarum agi, ſi injuriæ faciendæ cauſa ſecreta judiciorum publicavit.

Quæſtio eſt, ſi quis teſtamentum deleverit, ita ut legi non poſſit: (ſic accipiendum verbum, *deleverit:* ut & ratio vult, & Julianus *l.* 42. *D. eod. tit.*) an damni injuriæ actio aut teſtatori competat, aut heredi? Et quod ad teſtatorem attinet; non placet, ei actionem competere, præterquam tabularum ratione *l.* 27. §. *ult. D. de furtis:* nam & corruptæ videntur *d. l.* 42. & in his damnum datum poteſt civiliter æſtimari. quod autem præterea interſit teſtatoris, non habet civilem æſtimationem: cum ad teſtatorem ex teſtamento nulla perveniat pecuniaria utilitas: oportet autem, ut damnum datum ſit, non quale quale datum eſſe, ſed pecuniæ. Ita in teſtatore jus eſt. quid in herede? contra eſt: quia teſtamentum illi pene chirographum eſt: hoc eſt, quia teſtamentum illi tuetur fidem delatæ hereditatis, pariter ut chirographum creditori ſervat jus debiti: denique, ut creditor deleto chirographo, ſic heres interleto teſtamento, damnum pati videtur, & ob id lege Aquilia experiri poteſt *d. l.* 41. & 42. *D. Ad legem Aquiliam,* & *l.* 27. §. *ult. D. de furtis:* præſertim ſi interletum ſit poſt aditam hereditatem: nam inde hereditas ei adquiſita eſt: quod ſi ante deletum ſit, non ſufficit illi Aquilia, nondum conſtituto jure, ſive ex perſona ſua, quæ nondum heres eſt ante aditam hereditatem, neque ex perſona defuncti, cujus nihil intereſt, & ideo neceſſaria ei eſt de dolo actio *l.* 35. *D. de dolo malo.* Atque ea

hacte-

hactenus plana ſunt: ſed quod ſequitur in *d. l.* 41. difficilius eſt.

Sed & ſi quis tabulas teſtamenti apud ſe depoſitas deleverit, vel pluribus præſentibus legerit, utilius eſt in factum & injuriarum agi, ſi injuriæ faciendæ cauſa ſecreta judiciorum publicavit.

Ait, eum qui delevit tabulas teſtamenti apud ſe depoſitas, vel eas legit coram pluribus, & injuriarum, & in factum, actione teneri: idque veriſſimum eſt, quantum attinet ad actionem injuriarum, ſi injuriæ conſilio feciſſe proponatur: ſed quantum ad actionem in factum pertinet, deletis tabulis, qui procedit? nam actio in factum ea in ſpecie neque competit, neque neceſſaria eſt, cum Aquilia ſuppetat. Mea ſententia, erit ſublata difficultas, ſi legetur.

Sed & ſi quis tabulas teſtamenti apud ſe depoſitas deleverit, vel pluribus præſentibus legerit, utilius eſt furti & injuriarum agi, ſi injuriæ faciendæ cauſa ſecreta judiciorum publicavit.

Hanc emendationem patitur facti ſpecies: cui utraque convenit actio, & furti, & injuriarum. nam ſi teſtamentum lucri faciendi cauſa ſit deletum aut lectum, furtum contrectatione factum eſt: ſin injuriæ faciendæ animus fuit, injuria videtur. Hoc olim vidit Græcus Interpres *Baſilic. lib.* 60. *tit.* 3. ſic enim vertit eum verſum, interpretante Fabroto. *Qui depoſitum apud ſe teſtamentum delevit, vel pluribus legit, tenetur actione in duplum, & injuriarum, ſi injuriæ faciendæ cauſa ſecreta publicavit.* Sic Græcus Interpres: cui favet aliquatenus §. 1. *ejuſdem loci*; in quo Ulpianus eidem facto actionem furti accommodat. Antiqua tamen eſt recepta lectio, obſervante eam, ut & emendationem Græci Interpretis, Scholiaſte ejus, Scholio ad verbum, *in duplum*, his verbis. *Vide autem, ut hoc loco repugnet Baſilicus Antiquo. ille enim in duplum actionem dicit, & manifeſtum eſt, eum de actione furti intelligere ex eo, quod ſequitur* interdum. *Antiquus autem aperte in factum ſcripſit.*

Caput XVII.

Si quis olivam immaturam decerpſerit, vel ſegetem deſecuerit, vel uvas crudas, an Aquilia teneatur? Ulpianus expoſitus l. 27. §. 25. D. Ad legem Aquiliam, & Javolenus l. 42. D. de uſu & uſufructu legato.

Similis quæſtio eſt, ſi quis olivam decerpſerit, vel ſegetem deſecuerit, vel vineas, an lege Aquilia teneatur? Eam quæſtionem proponit & definit Ulpianus *l.* 27. §. 25. *D. Ad legem Aquiliam*, verbis ſequentibus.

Si olivam immaturam decerpſerit, vel ſegetem deſecuerit immaturam, vel vineas crudas, Aquilia tenebitur. quod ſi maturas, ceſſat Aquilia: nulla enim injuria eſt, cum tibi etiam impenſas donaverit, quæ in collectionem hujuſmodi fructuum impenduntur. Sed ſi collecta hæc interceperit, furti tenetur. Octavenus in uvis adjicit, niſi, inquit, in terram uvas projecit, ut effunderentur.

Sic Ulpianus, &, opinor, veriſſime: nam ſi uvæ, aut oleæ, aut ſegetes, jam maturæ decerptæ ſunt, non etiam ablatæ: non videtur domino damnum injuria datum eſſe, cum utilitas ejus decerpendo magis aucta ſit, quam imminuta. debuiſſet enim maturas, niſi ab alio decerptæ fuiſſent, ipſe decerpere, & colligere, atque eam ob rem impenſas facere. at has fecit is qui ſegetes deſecuit, vel olivas & uvas decerpſit; amplius, eas domino donavit. non igitur ei dedit damnum, ſed lucrum; neque adeo legi Aquiliæ obnoxius eſt. hoc, ſi maturæ decerptæ ſint. quid, ſi immaturæ? ait Ulpianus, Aquiliæ locum eſſe: quia major eſt maturorum fructuum uſus, quam immaturorum: expedit certe domino, fructus matureſcere, & ei temeraria collectione non interverti ſpem maturitatis. Atque hoc in uvis & ſegete veriſſimum eſt; idemque in olivis videri poſſit: quia Cato *De re ruſtica c.* 65. ſcribit, olivam maturam domino expedire, licet ex immatura oleum optimum fiat. Verba Catonis ſunt. *Oleam, ubi nigra erit, ſtringito: quam acerba olea oleum facies, tam oleum fieri maxime expediet.* Sic Cato. Sed aliter Javolenus *l.* 42. *D. de uſu & uſufructu legato.* ait enim, oleam etiam immaturam in fructu eſſe, & ad fructuarium pertinere; addita cauſa, quod oliva immatura plus habet reditus, quam ſi matura legatur. id vero ſi placet; quæſo, qui poteſt lex Aquilia in olea immatura lecta locum habere, in matura non habere? utique, ſi immatura habet plus reditus, quam matura; non magis poteſt, immatura lecta, domino damnum injuria datum videri, quam matura. Habes tenebras: ſed lucem dabit maturitatis definitio: in qua, ut Plinius inquit *lib.* 15. *Naturalis hiſtoriæ c.* 3. error hominum falſus: exiſtimantium, maturitatis initium, quod eſt vitii proximum. Quid autem maturum ſit, A. Gellius ſic exponit *lib.* x. *Noct. Attic. c.* xi. *P. Nigidius homo in omnium bonarum artium diſciplinis egregius, Mature, inquit, eſt quod neque citius eſt neque ſerius; ſed medium quiddam & temperatum eſt. bene atque proprie Nigidius. nam & in frugibus & in pomis matura dicuntur, quæ neque cruda & immitia ſunt, neque caduca & decocta, ſed tempore ſuo adulta maturaque.* Ita Gellius: ſi vere; olivam diſtingue crudam & nondum inchoatæ maturitatis ab ea cujus media ſeu vera, etiam ab ea cujus jam plena & decocta, maturitas eſt: hos enim & Columel-

la in oliva gradus facit *De re ruſtica lib.* 12. *c.* 52. Verba Columellæ. *Media eſt olivitas plerumque initium menſis Decembris. nam & ante hoc tempus acerbum oleum conficitur, quod vocatur æſtivum, & circa hunc menſem viride premitur, deinde poſtea maturum. Sed acerbum oleum facere patrisfamilias rationibus non conducit, quoniam exiguum fluit, niſi bacca tempeſtatibus in terram decidit, & neceſſe eſt eam legere, ne a domeſticis pecudibus, feriſve conſumatur. Viridis autem notæ conficere vel maxime expedit, cum & ſatis fluit, & pretio pene duplicat domini reditum. Sed ſi vaſta ſunt oliveta, neceſſe eſt, ut aliqua pars eorum matura fructui reſervetur.* Hoc Columella. idem vel ſimile Plinius *lib.* 15. *Naturalis hiſtoriæ c.* 1. verbis ſequentibus. *Ex eadem oliva differunt ſucci. Primum omnium e cruda, atque nondum inchoatæ maturitatis.* Et poſt. *Quanto maturior bacca, tanto pinguior ſuccus, minusque gratus. Optima autem ætas ad decerpendum inter copiam, bonitatemque, incipiente bacca nigreſcere.* Idem rurſus *c.* 3. ejuſdem libri, *Ferunt*, inquit, *frigore ſterilitatem* (Dalechampius mavult, *ſuavitatem*) *fieri, ſicut copiam maturitate.* Hæc Plinius & Columella: ex quibus liquet, quod oliva immatura, ſi tamen inchoatæ maturitatis eſt, habet plus reditus, quam ea quæ conſummatæ maturitatis eſt, licet iſta copioſior ſit: plus etiam, quam cruda, etſi cruda habeat oleum ſapore præſtantiſſimum. Igitur ſi quidem fructuarius aut colonus hanc aut illam decerpit, arbitratus, ad uſum ſuum pertinere, quia domini voluntate atque exemplo decerpit; videtur eam boni viri arbitratu decerpere: quod ſi alius decerpit olivam adhuc crudam & nondum inchoatæ maturitatis, alius, inquam, ſed qui domini voluntate & jure deſtituitur; e diverſo placet, domino damnum injuria eum dare, & idcirco lege Aquilia teneri. quod ſi maturam colligit, id eſt, nigreſcentem & inchoatæ, aut etiam abſolutæ, maturitatis; jam neque videtur domino damnum injuria dare, & fere impenſas, quas in collectionem fecit, ei donare *l.* 27. §. 25. *D. Ad legem Aquiliam.* Hæc ideo tam varie, quia non debet alius domino præſcribere, quid ex re ſua ſibi utilius aptiusve exiſtimet. at in perſona domini qui magis ſuo commodo ſtudet, quam alterius damno, vere dicetur, eum ſuæ rei etiam in abutendo moderatorem eſſe; & ideo vel illa, quæ minus lucri habent, illi utilia intelligi, ſi delicias & jucunditatem præſtent, & ejus negotio cedant, quamvis non bono.

CAPUT XVIII.

Verbum, ruperit, *in lege Aquilia non indigitare aliam corruptionem, quam qua damnum corpori & a corpore adfertur. complura loca explicita.*

Hactenus oſtendi, Veteres fere omnes, *ruperit*, verbum in Lege Aquilia interpretari, *corruperit*; eoque omnem complecti corruptionem, alteri damnum injuria adferentem. Jam addam, hoc plus eos poſtulare, eſſe id damnum corpori a corpore datum: & ita demum directam concedere actionem. cæterum in eum qui corpori dederit damnum, ſed non corpore, actionem dumtaxat utilem competere. quid ſi non corpore datum fuerit damnum, neque corpus læſum ſit, ſed alio modo alicui damnum contigerit? hic quum non ſufficiat neque directa, neque utilis Legis Aquiliæ actio: placere, eum qui obnoxius fuerit, in factum actione Jure Prætorio in ſubſidium teneri §. 16. *Inſt. l.* 33. §. 1. *D. h. t. l.* 11. *D. de præſcript. verb.*

Exemplum in eo qui miſericordia ductus, alienum ſervum compeditum ſolverit, ut fugeret, forte ergaſtulum: nam in ergaſtulis compediti vinctique ſervi, ſive ad cultum agri, ſive ad lapidicinas, ſive ad aliud opus, adhiberentur: de quibus more ſuo quia erudite & plene diſputavit V. CL. Juſtus Lipſius *lib.* 2. *Electorum c.* XV. non agam jam actum. Proinde ſi quis alienum ſervum compeditum ſolverit, ut fugeret: is non corpore ſuo rupit ſervi corpus, ut locum habeat actio directa, neque præſtitit cauſam ruptioni corporis ſervi, ut actio utilis dari poſſit, & tamen nocuit domino, cujus ſervum intempeſtiva miſericordia ſolvit: igitur actione in factum tenebitur *d.* §. 16. *Inſt.* Sic ea in ſpecie.

Aliud dicendum eſt, tametſi idem videatur primo obtutu, ſi quis aprum meum ferum, & hærentem meo laqueo, in ſuam naturalem laxitatem dimiſit. nam tum danda mihi actio in factum eſt *l.* 55. *D. de adquirendo rerum dominio*, id eſt, utilis Aquilia; etſi corpore ſuo non ruperit apri corpus, neque in cauſa fuerit, ut rumperetur: ſicut ſuperiore caſu neque rupit ſervum, neque fecit, ut rumperetur. hoc tamen intereſt, quod ſervus meus etiam, cum a te ſolutus eſt, & fugit, meus manet; aper autem meus, ſolutus laqueo quo hærebat, meus eſſe deſinit, & mihi perinde perit, ac ſi occiſus eſſet; huic autem damno cauſam præbuit ille qui aprum laqueo ſolvit: quid ni igitur actione in factum, ſed civili, ſive utili Aquilia, teneatur? quamquam ille qui ſervum meum compeditum ſolvit, tantum in factum jure prætorio obligetur. Argumentum huic rei *l.* 49. *D. h. t.* in qua Titius alienas apes fumo fugavit, vel etiam necavit. (res nota, & quam Livius tangit *lib.* 4. etiam Quintilianus *Declam.* 13. *Hoc*, inquiens, *veneno vindicas, quod me hercle inhumane etiam fumo prohibuiſſes?*) Titius, inquam, alienas apes fumo necavit: quia non tam videtur apes occidiſſe, quam eis cauſam mortis præbuiſſe, ideo magis actione in factum, id eſt, magis utili,

utili, quam directa, tenebitur. idem putat Ulpianus, ſi fugavit: quia, etſi fugatæ apes proprie ruptæ non ſint, tamen quia domino perierunt, idcirco cum necatis, ruptiſve, comparantur, & utrimque utili actioni peræque locus eſt. Idem jus eſt, cum quidam poculum alterius ex nave ejeciſſet: nam & hunc in factum actione teneri, Proculus interpretatur *d. l. 55. D. de adquirendo rerum dominio*, & Ulpianus *l. 14. §. 2. D. de præſcriptis verbis.* actionem autem in factum utilem Aquiliam accipiendam eſſe, etiam ex eo claret, quod Ulpianus *l. 27. §. 21. D. h. t.* ſi Titius de manu mea nummos meos excuſſit, & hi ita perierunt, ne ad aliquem pervenirent, puta, ſi in flumen, in mare, aut cloacam, ceciderunt, damni injuriæ actionem mihi dandam eſſe, ex Sabino refert: id eſt, ut mihi videtur, utilem: nam neque actio prætoria in factum aut Aquilia, aut damni injuriæ, appellatur umquam; cum utilis ita ſæpe vocetur *l. pen. C. de lege Aquilia, & l. 7. §. 4. D. de dolo malo:* & directam Aquiliam competere ea in ſpecie, Pomponius ad Sabinum negat apud Ulpianum *d. l. 14. §. 2.* quæſo quamobrem? quia Titius proprie quidem corpore ſuo non rupit corpora nummorum meorum, quæ etiam aquis merſa integra & incorrupta manſerunt: ſed fecit, ut mihi perinde interirent, ac ſi in rerum natura non eſſent, poſtquam mihi ſpes eos recipiendi nulla reliqua eſt. Hæc, ſi ita perierint nummi, ut ad neminem pervenerint; ſed ſi ad aliquem pervenerint, poſſe actionem in factum dari, (jure, opinor, prætorio) idem Sabinus ait, auctore Ulpiano *d. l. 27. §. 21.* quid ita? quia adhuc extant nummi integri & illæſi; denique & rei vindicatione, & aliter, repeti poſſunt, & tamen tu mihi damnum dediſti, quamvis integris nummis meis; pariter ut, cum ſervum meum compeditum & vinctum ſolviſti ac dimiſiſti, ut fugeret, actione in factum ſubſidiaria mihi teneris. Expoſui unum alterumque exemplum.

Eſt & aliud in *d. l. 27.* In alienam ſegetem (id eſt, in alienam terram aratam & conſitam: ea enim terra ſeges appellatur, Feſto & Nonio interprete) injeciſti lolium, aut avenam, quo eam tu inquinares, id eſt, ut ea nitentia culta pollueres injectione ſeminis ſterilis & infelicis; quale eſt lolium & avena, juxta illud Virgilii *lib. 1. Georgic. verſ. 154.*

– – – – *Interque nitentia culta*
Infelix lolium & ſteriles dominantur avenæ.

Si, inquam, alienam ſegetem inquinaſti, ſeu deformaſti, injectione avenæ aut lolii: domino damnum dediſti; ſed lege Aquilia non teneris: quia ſpeciem proprie non corrupiſti, aut mutaſti, quod lex Aquilia deſiderat, etſi corpori applicueris aliquid cujus difficilis ſeparatio ſit. Et certe eſt aliud genus damni, ipſum quid corrumpere & mutare, ut Aquilia locum habeat; aliud, nulla ipſius mutatione applicare aliud cujus moleſta ſeparatio ſit. Sed etſi ea vera corruptio non ſit, tamen propter difficilem ſeparationem, quaſi corruptio videtur *l. 15. §. 2. D. Locati conducti:* de qua non ex lege Aquilia directa vel utilis actio, ſed ex Edicto Prætoris ſubſidiaria in factum actio indulgetur, etiam interdictum quod vi aut clam *d. §. 14. l. 27.* cui locus eſt, quoties quid in ſolo vi aut clam factum dicitur *l. 1. §. 4. & l. 7. §. 5. D. Quod vi aut clam:* utrumque autem datur domino; ſed & colono; ut quidem Ulpianus refert, ſi ejus intereſt propter fructus *l. 11. §. ult. & l. 12. D. eod. tit.* Ut tamen colonus, ſi actionem in factum exerceat, caveat, amplius non agi: id eſt; dominum amplius non inquietaturum eum, qui damnum dedit. quod & alibi fit *l. 29. D. de jure dotium.* Ita in ſegete.

Idem dicendum, ſi quis frumento arenam immiſcuit, vel quid ſimile cujus difficilis ſeparatio ſit: non enim frumentum corrupiſſe aut immutaſſe vere dicetur, ut lege Aquilia conveniri poſſit; & tamen de quaſi corrupto in factum actione obligabitur *d. l. 27. §. 20.* aliter ac ſi quis vinum effudit, vel acetum fecit, aut ſpurcavit: tum enim Aquilia, id eſt, directa actione, agi poſſe, Ulpianus refert: quia etiam effuſum, & acetum factum, (quod *culpatum vinum* Macrobio dicitur *lib. 7. Saturn. c. 6.*) corrupti appellatione venit *d. l. 27. §. 15.* Eo ſenſu ait Macrobius *d. lib. 7. c. 12.* *Si vaſa vini atque olei diutule ſemiplena cuſtodias, vinum ferme in acorem corrumpitur, oleo contra ſapor ſuavior conciliatur.* Idem eſt, ſi quis vinum ſpurcavit: ſiquidem ſpurcum eſt, ut Feſtus ſcribit, cui aqua admixta eſt, defrutumve, aut igne tactum eſt; muſtumve, antequam deferveſcat.

Igitur non ſufficit, damnum datum eſſe; ſed neceſſe eſt, ut corpori, etiam ut a corpore, datum ſit: ait enim lex, *Si quis alteri damnum faxit, quod uſſerit, fregerit, ruperit:* illa autem verba ſic accipienda ſunt, Si quis ipſe per ſe quid uſſerit, fregerit, ruperit; vel, quod idem, Si directo egerit corpore ſuo, uti quid ureret, frangeret, rumperet: cæterum ſi non per ſe ipſe, id eſt, ſi non præcipue corpore ſuo, damnum dederit, ſive ſi non id directo egerit, ut alteri quid ureret, frangeret, rumperet, etſi damno cauſam præſtitit, id eſt, etſi fecit, ut quid alteri ureretur, frangeretur, rumperetur; non tenebitur quidem directa legis Aquiliæ actione: ſed quia non intereſt, utrum alteri damnum dederit corpore ſuo, an damno cauſam præbuerit; obtinuit, ut utilis actio adverſus eum velut ex legis ſententia daretur *§. 16. Inſt. h. t.*

Exempla ſunt ad hanc rem elegantia in *l. 27. §. 6. & ſeqq. D. d. t.* ſed aliquanto pleniora apud Licinium Rufinum *Tit. 12. Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum*, quamquam corrupta. Ecce, facem objeciſti ſervo meo, & eum aduſſiſti, item villam meam, vel arbuſtum meum, incendiſti; quia per te feci-

ſti & corpore præcipue tuo, legi Aquiliæ locus eſt *d. §. 6. & ſeq.* idem eſt, ſi voluiſti inſulam meam exurere, & ignis ad vicini quoque inſulam pervenit: nam mihi Aquilia teneberis lege, etiam vicino, æque inquilinis ob res eorum exuſtas: uti apud Ulpianum Labeo reſpondit *d. l. 27. §. 8. & d. Tit. 12.* Eique convenit illud Senecæ Patris; in *Excerptis Controv. 5. lib. 5.* *Etiam ſi partem damni dare noluiſti, ſi tamen noluiſti, in totum quaſi prudens dederis, tenendus es. Ex toto enim noluiſſe debet, qui imprudentia defenditur. Si fatereris ſcienter januam incendiſſe, ſi unum tignum, puto, tota domus intelligeretur ex parte: nec enim quiſquam omnia incendit, ſed unam aliquam rem, ex qua ſurgat in omnia ſe ſparſurus ignis. Atqui pars domus eſt arbor, quæ in domo eſt.* Huc uſque ſic editur: ſed quia nullo plane ſenſu, divinavi quidem olim, *ſi tamen voluiſti:* verum nuper intellecto, in *Variis lectionibus* V. Cl. Andreæ Schotti ſic habere tres libros manuſcriptos; auſus ſum mihi perſuadere, quam ante putavi conjecturam, eſſe veram Senecæ ſcripturam: maxime ſubſcribente meæ ſententiæ Eruditiſſimo meo Amico, Johanne Barbeyracio, V. Cl. *Not. Gallic. ad Grotium De jur. bel. & pac. lib. 2. c. 17. n. 12.* Senecæ addo, quod ſi ſtipulam in agro tuo incendiſti, quod ſolent boni patresfamilias multas ob cauſas quas Virgilius *lib. 1. Georgic.* exponit *verſ. 48. & ſeqq.* ſi, inquam, ſtipulam in agro tuo incendiſti, ignisque ad vicini prædium pervagatus eſt, & hoc exuſſit, jam quæſitum eſt, an lege Aquilia tenearis? Et negat Ulpianus *d. Tit. 12.* ſed in factum agendum eſſe, addita cauſa, quia non principaliter exuſſiſti, ſed dum egiſti aliud, ſic ignis proceſſit. Exemplum hoc ex dictis locis unum.

Sequitur alterum. Alius ignem fornaci recte ſubjecit; alius ignem cuſtodiit, ſed negligenter; aut, cum deberet ignem cuſtodire, ad fornacem obdormivit: domus exuſta eſt, uter lege Aquilia tenetur? nam qui ignem recte ſubjecit, nihil peccavit: qui ignem negligenter cuſtodiit, aut ad fornacem obdormivit, nihil fecit: oportet autem, ut Aquiliæ locus ſit, non modo damnum datum eſſe, ſed etiam injuria, amplius dantis corpore: id eſt, præcipue facto ejus. Utitur Legum Collatio exemplo quod omiſerunt Pandectarum Compilatores in *d. §. 9.* id exemplum eſt, Si Medicus chirurgus hominem recte ſecuerit, ſed negligenter vel ipſe ſe, vel alius eum, curaverit: ſive enim homo periit, ſive debilitatus eſt, Aquilia ceſſat: quia non poteſt, quod alius peccavit, alii, id eſt, Medico imputari. Sed quid eſt? placet, in eum qui aut ad fornacem obdormivit, aut ignem negligenter curavit, non quidem ex verbis legis directam actionem dari, ſed ad exemplum ejus utilem actionem competere. Qui poteſt? nam qui obdormivit, is rem humanam & naturalem paſſus eſt; ea vero neque culpa, neque injuria, videtur. Sed videamus, ne is qui ad fornacem obdormivit, non ob ſomnum teneatur: (neque enim ſomnus in culpam aut injuriam cadit) ſed quia aut ignem non extinxit, aut ei cuſtodiam & vigiliam quam recepit, non præſtitit.

Aliud exemplum eſt *d. l. 27. §. ult. h t.* Locaſti tectori curandum laccum plenum vini: id eſt, ut Jacobus Cujacius V. Cl. interpretatur *lib. 10. Obſerv. c. 8.* vini ciſternam curandam ſive incruſtandam: laccum enim intra extraque incruſtari ſolitum, idem V. Cl. ex Suida docet; additque, tectorem appellari eum qui ciſternæ inducit tectorium. Cujacio addam locum optimum ex Tertulliano, *De idololatria c. 8.* cujus hæc ſunt verba. *Scit albarius tector & tecta ſarcire, & tectoria inducere, & ciſternam liare & cymatia diſtendere, & multa ornamenta præter ſimulachra parietibus incriſpare.* Mentio ejuſmodi tectoris in *l. 5. §. 7. D. Commodati vel contra*, & in ſequente Inſcriptione apud Gruterum *pag. 642.*

P. MARCIVS. P. L
PHILODAMVS
TECTOR. SIBI
SVEISQVE. HIC
IVCVNDA. SEPVLTA
EST. DELICIA. EIVS

Igitur locaſti tectori incruſtandum laccum vini plenum. is eum pertudit: vinum effuſum eſt. an lege Aquilia obligatur? Et quantum ad verba attinet, non videtur: non enim tector damnum dedit præcipue corpore ſuo, neque ita vinum effudit, corrupitve; quod lex deſiderat: vitio tamen pertuſæ & male incruſtatæ ciſternæ, id eſt, tectoris ſive imprudentia, ſive imperitia, utcumque culpa, factum eſt, uti vinum effunderetur & corrumperetur, & damno cauſa præberetur. proinde utilis in factum actio adverſus eum velut ex legis ſententia dabitur.

Aliud exemplum eſt in *l. 29. §. 2. D. h. t.* Navis tua impacta eſt in meam ſcapham: ea navis mihi damnum dedit. quæritur, an Aquilia actio mihi competat: damnum enim dediſti mihi, ſed non manu tua aut corpore tuo, quod lex Aquilia poſtulat. Sed ait Proculus, ſi in nautarum poteſtate fuit, ne id accideret, & culpa eorum factum eſt, lege Aquilia cum nautis agendum eſſe: quia parvi refert, utrum tua manu damnum dederis, an navem immittendo, aut ferraculum, (ita habent Pandectæ Florentini, approbante Cujacio, qui *ferraculum* interpretatur *contum:* ſed alii legunt *ſervaculum*, & exponunt ſcapbam, cui nautæ vel piſces vel ſe tempeſtatis tempore committunt) parvi, inquam, refert, utrum damnum dederis tua manu, an navem immittendo, aut ferraculum, ſive ſervaculum, ad navem ducendo: quando omnibus his modis per te, id eſt, præcipue corpore tuo, damno adficior. ſed ſi fune rupto, caſu fortuito, vel, cum non eſſent in nave nautæ qui eam regerent,

rent, navis tua impegerit in meam; neque cum nautis agendum eſſe, neque cum domino: quia neque nautarum neque domini culpa arguitur.

Caput XIX.

Legem Aquiliam, etſi corruptionem *perſequatur hoc capite, tamen non aliam perſequi, quam injuria factam.* injuriam *autem hoc capite ſimiliter accipi, ut primo, pro qualicumque culpa. Si quid jure, aut caſu ruptum ſit, non intelligi injuriam. Quid juris, ſi quis vicini ædes diſſipavit incendii arcendi gratia? & alia id genus exempla quædam elegantia expoſita.*

Porro ait lex, *Injuria.* non igitur ſufficit, ruptum eſſe; ſed oportet, injuria factum eſſe: injuriam autem hoc capite ſimiliter accipimus, ut primo, pro dolo, & culpa *l.* 30. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam:* id eſt, pro dolo & qualicumque culpa. adeo ſi quid jure, aut caſu, factum ſit, neque injuria eſt, neque Aquilia locum habet. at ſi quid culpa, quamvis leviſſima *l.* 44. *D. eod. tit.* id eſt, ſi animo non quidem improbo, ſed imprudente, factum omiſſumve ſit, quod mereatur hominis ſapientis reprehenſionem; Aquilia locum habet.

Extant ad hanc partem pariter ut ad primam, exempla multa; ſed adferam pauca, eadem non inutilia, neque inelegantia. Primum erit ex Ulpiano *l.* 49. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.* cujus hæc verba ſunt.

Quod dicitur damnum injuria datum Aquilia perſequi, ſic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum quod cum damno injuriam attulerit: niſi magna vi cogente fuerit factum. ut Celſus ſcribit circa eum qui incendii arcendi gratia vicinas ædes intercidit. nam hic ſcribit ceſſare legis Aquiliæ actionem: juſto enim metu ductus, ne ad ſe ignis perveniret, vicinas ædes intercidit. & ſive pervenit ignis, ſive ante exſtinctus eſt, exiſtimat legis Aquiliæ actionem ceſſare.

Proximæ Titii ædibus ſunt ædes Sempronii; his ædes Mævii; has incendium occupavit. ejus incendii arcendi gratia Titius ædes Sempronii diruit. an lege Aquilia tenetur? Et non placet, eum teneri: quia non, ſi qualiter qualiter damnum dedit, Aquillæ obnoxius eſt; ſed ſi damnum injuria dedit: id eſt, ſi ſine jure dedit, ſive ſi culpa quali quali quæ cadat in hominis prudentiſſimi caſtigationem. at quis reprehendat Titium, quod motus magna vi & juſto metu, ne ignis ad ædes ſuas perveniret, vicini ædes intercidit? fecit enim, ut ædes ſuas tueretur adverſus vim incendii: quod jus & mos patitur, cum alias non poſſit: teſte Seneca *lib.* 1. *De clementia c.* 25. qui inquit. *Sub uno aliquo tecto flamma apparuit, familia vicinique aquam ingerunt: at incendium vaſtum & multas jam domos depaſtum parte urbis obruitur.* Igitur ſi Titius Sempronio damnum dedit, dirutis, propter incendium, ædibus ejus: (quia neceſſitate damnum dedit) non injuria, ſed lege temporis, damnum dediſſe videtur: neque magis Aquilia tenetur lege, quam ſi alienas merces in mare projeciſſet ſervandarum mercium ſuarum cauſa *l.* 14. *D. de præſcriptis verbis.* nam & has neceſſitate, velut jure, projeciſſe videtur. De utraque ſpecie ſic Seneca Pater, *lib.* 4. *Controverſ. Neceſſitas eſt, quæ navigia jactu exonerat, neceſſitas eſt, quæ ruinis incendia opprimit, neceſſitas eſt lex temporis.* His accedit & alia ratio ex *l.* 7. §. 4. *D. Quod vi aut clam.* ea ratio eſt, quod Sempronii ædes æque perituræ fuiſſent, etſi a Titio non fuiſſent dirutæ. proinde ſi dirutæ ſunt, non videtur damnum Sempronio datum eſſe, utique perituris ædibus. atque id adeo verum eſt, ut, ſive pervenerit ignis ad Titii ædes, ſive ante extinctus ſit, Aquilia ceſſet: quia ſufficit, Titio tum, cum ædes diruit, juſtum metum fuiſſe, ne ad ſe perveniret ignis quamvis is metus poſt deſierit: nam, ut Horatius ait *lib.* 1. *epiſt* 18.

– – – Tua res agitur, paries cum proximus ardet,
Et neglecta ſolent incendia ſumere vires.

Habes elegantem Celſi & Ulpiani ſententiam in *d. l.* 49. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam* & *l.* 3. §. 7. *D. de incendio, ruina, naufragio,* neque aberrantem a Servii interpretatione: quam idem Ulpianus ſubjicit in hæc verba *l.* 7. §. 4. *D. Quod vi aut clam.*

Eſt & alia exceptio, de qua Celſus dubitat, an ſit objicienda. ut puta ſi incendii arcendi cauſa vicini ædes intercidi, & quod vi aut clam mecum agatur, aut damni injuria. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret, quod incendii defendendi cauſa factum non ſit? Servius autem ait, ſi id magiſtratus feciſſet, dandam eſſe. privato non eſſe idem concedendum. ſi tamen quid vi aut clam factum ſit, neque ignis uſque eo perveniſſet, ſimpli litem æſtimandam. ſi perveniſſet, abſolvi eum oportere. Idem ait eſſe, ſi damni injuria actum foret. quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur æque perituris ædibus. Quod ſi nullo incendio id feceris, deinde poſtea incendium ortum fuerit, non idem dicendum erit, quia non ex poſtfacto, ſed ex præſenti ſtatu damnum factum ſit, nec ne, æſtimari oportere Labeo ait.

Erat incendium in vicinia Titii. is cum timeret, ne id ad ſe veniret, vicini ædes diſſipavit. quæritur, an interdicto, Quod vi aut

clam,

clam, aut actione damni injuria ex lege Aquilia, conveniri; & ſi conveniatur, an ſe tueri poſſit hac exceptione, Quod incendii arcendi cauſa factum non ſit? Primum ait Ulpianus, Celſum (ita legendum *Celſus*, non *Gallus*) dubitaſſe, an Titius, ſi hoc interdicto conveniatur, ea exceptione ſe tueri poſſit: id eſt, ait, Celſum exiſtimaſſe, Titio, ſi eo interdicto conveniatur, dandam eſſe hanc exceptionem. hoc enim indigitat ea locutio, *dubito*, *an:* ut demonſtravi ſupra capite ſexto: in primis autem paret is ſenſus ipſo qui ea locutione uſus eſt, interprete in *d. l.* 49. §. 1. *&* *d. l.* 3. §. 7. Hoc primum ponit Ulpianus: ſed deinde addit, Servium Magiſtratum diſtinxiſſe a privato: & Magiſtratui quidem, ſi id feciſſet, atque ideo conventus eſſet, facilius exceptionem dediſſe: puto, quod eſſe videretur præſumptio pro honore Magiſtratus, eum nil temere feciſſe, ſed cogente neceſſitate; utique, niſi adverſarius eum injuriæ clare convinceret, id eſt, niſi contra oſtenderet, ignem non fuiſſe eo probabiliter perventurum: privato autem, ſi is feciſſet, exceptionem difficilius dediſſe; niſi probaret, futurum fuiſſe probabiliter, ut eo ignis perveniret. ſummam tamen eſſe, ut ſi eo perveniſſet ignis, id eſt, eo potuiſſet pervenire, reus abſolvendus eſſet: ſi eo non perveniſſet, hoc eſt, ſi non potuiſſet eo pervenire, lis æſtimanda eſſet: id eſt, lis tanti æſtimanda eſſet, quanti actoris intereſſet *l.* 15. §. 7. *&* 9. *D. Quod vi aut clam.* Sic mihi videtur, & hanc vocem *ſimpli*, quam plerique codices adgnoſcunt in *d. l.* 7. §. 4, eſſe ſpuriam: quia condemnatio, quæ ex eo interdicto fit, ad id quod intereſt fit: adeo ſemper ſimpli eſt, dupli numquam eſt. Quod dixi, cenſet Servius in interdicto, Quod vi aut clam, idemque eſſe, ſi damni injuria agatur ex lege Aquilia; addita cauſa, quia neque damnum, neque injuria, dari aut fieri videtur æque perituris ædibus. Expoſui unum exemplum.

Addam alterum ex *l.* 29. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam.* Navis vi ventorum impulſa eſt in funes anchorarum alterius: nautæ illius navis ut ſe ſervarent, præciderunt funes anchorarum iſtius. navis iſta periit, vel damnum paſſa eſt, an tenentur nautæ? diſtinguit Juriſconſultus, utrum potuerint ſe explicare aliter, quam præciſis funibus, an non potuerint. & priore caſu putat, culpæ teneri eos, quia non habuerunt jus funes alterius præcidendi, quo illi nocerent tum, cum ſe aliter poſſent ſervare. poſteriore caſu contra cenſet: quia non videntur injuria feciſſe nautæ, qui ſe tueri voluerunt, cum alias non poſſent; &, ut ſupra dictum, ſequuti ſunt legem temporis, coacti neceſſitate. Idem dicendum circa retia piſcatorum, in quæ navis inciderat.

Similis ſpecies eſt §. 4. ejuſdem legis. Navis obruit aliam navem contra ſe venientem: ſi contigit tanta vi, ut non potuerit temperari navis; nulla eſt in dominum danda actio: ſin culpa nautarum, id eſt, gubernatoris vel ducatoris, (ita eſt in Florentinis Pandectis: neque improbo: nam videntur Veteres & *ducere* & *ducare* dixiſſe, indeque & *ducatus*, & *educare*, & *ducarii* pro ducibus, ſupereſſe) ſi, inquam, culpa nautarum, id eſt, gubernatoris vel ducatoris id factum eſt, Aquilia ſufficit.

Eſt & aliud exemplum apud Alfenum *l.* 52. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam:* id exemplum eſt. Tabernarius in ſemita (quæ eſt anguſtior via) noctu ſupra lapidem lucernam poſuerat. quidam præteriens eam ſuſtulerat. tabernarius eum conſequutus, lucernam repoſcebat, & fugientem retinebat. ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolo inerat (ita recte Haloander & Ruſſardus: qui addit ex Servio ad *lib.* 7. *Æneid. Virgilii verſ.* 664. dolonem appellari flagellum, intra cujus virgam latet pugio) verberare tabernarium cœperat, ut ſe mitteret. ex eo orta majore rixa, id eſt, pugna, ſeu contentione, quæ jam manu conſtaret, non tantum verbis: ut in ſimili fere ſpecie apud Suetonium *Nerone c.* 26. ubi, *Sæpe*, inquit, *in ejuſmodi rixis oculorum & vitæ periculum adiit, a quodam laticlavio, cujus uxorem attrectaverat, prope ad necem cæſus.* Et apud Juvenalem *ſat.* 3. *verſ.* 287.

— — *Miſeræ cognoſce proœmia rixæ,*
Si rixa eſt, ubi tu pulſas, ego vapulo tantum.

Utitur & Tacitus eodem ſenſu *lib.* 1. *Hiſtor. c.* 64. *Jurgio*, inquiens, *mox rixa inter Batavos & legionarios, dum his aut illis ſtudia militum adgregantur, prope in prælium exarſere.* Ex eo, inquam, majore rixa facta, tabernarius ei qui lucernam ſuſtulerat, oculum effoderat: quærebatur, num non videretur illi damnum injuria dediſſe? (ſic legendum cenſet Antonius Auguſtinus *lib.* 1. *Emendationum c.* 1. *Conſulebat, num damnum injuria non videtur dediſſe, quoniam prior flagello percuſſus eſſet*) Reſpondit Alfenus, ſi prior flagello percuſſus tabernarius ſe defendit, & alteri oculum effodit non dedita opera; non videri damnum injuria dediſſe. Et recte: quid enim imputetur ei qui fuit jure ſuo uſus, ſive lucernam ſuam repetiit, ſive cum vapularet, ſe defendit? etſi alteri oculum effodit caſu: nam huic humanitas ignoſcit: hic maxime, ubi damnum contigit culpa ejus qui damnum paſſus eſt, neque ideo damnum paſſus videtur *l.* 203. *D. de regulis juris.* Ita, ſi tabernarius, cum prior vapularet, oculum furi caſu effodit: ſed ſi fecit data opera, aut cum alter lucernam ei eriperet, rixatus eſt, id eſt, illum vi & manu aggreſſus eſt; videtur damnum injuria dediſſe: quia conveniebat conſtitutis judiciis, ne ſe privatim ulciſceretur tabernarius, neve furem ob nudam lucernæ defenſionem, non dicam, occideret, ſed neque verberaret, læderetve: etſi ei jus erat, lucernam ſuam retinere aut repetere, & ideo furem ap-

pre-

prehendere aut detinere; etiam, ſi ab eo percuteretur, ſe cum ejus damno tueri; ſaltem, ſi non poterat illi ſine periculo ſuo parcere. proinde ſive defendit ſe, & alteri oculum effodit dedita opera, ſive caſu fecit, ſed prior rixatus eſt, ut lucernam haberet; utrunque culpam arguit ulciſcendi inane ſtudium. Quintilianum audi *Declam.* 13. *p.* 190. *At enim adverſus inferentem damnum juſta ultio fuit. Dicam nunc, quam iniqua ſit invicem injuriæ compenſatio, quamque non ſolum legi adverſa, ſed etiam paci. Barbarorum mos eſt populorum, quos procul omnis juris humani ſocietate ſummotos proxima belluis natura efferavit. Nos ideo magiſtratus legeſque a majoribus noſtris accepimus, ne ſui quiſque doloris vindex ſit, & aſſiduæ ſcelerum cauſæ ſe refellant, ſi ultio crimen imitabitur. Damnum accepiſti. Erat lex, forum, judex: niſi ſi vos jure vindicari pudet. At me hercle jam ad arma mittimur, & inſtituitur pernicioſa nocendi contentio, & in vicem legis ira ſuccedit.*

Aliud ſubjiciam exemplum ex eadem *l.* 52. §. *ult. D. Ad legem Aquiliam:* cujus hæc verba ſunt.

Cum pila complures luderent, quidam ex his ſervulum, cum pilam percipere conaretur, impulit, ſervus cecidit, & crus fregit. quærebatur, an dominus ſervuli lege Aquilia cum eo, cujus impulſu ceciderat, agere poteſt? Reſpondi, non poſſe, cum caſu magis, quam culpa, videretur factum.

Luſus pilæ qui in his verbis proponitur, is videtur eſſe, quem Veteres *harpaſtum* dicunt: in quo luſu alter alterum impellit, eoque impulſu agit, ne alter pilam percipiat: ut eſt jam ab aliis demonſtratum. eo igitur in luſu jacta pila, ſi quis impulit ſervulum, qui pilam percipere conabatur; ſervuſque cecidit, & crus fregit: placet, quod Alphenus ait, ceſſare Aquiliam: quia ſervus, etſi impulſus cecidit, & crus fregit, tamen jure & more luſus impulſus fuit: non autem videtur culpa atque injuria fieri, quod inter ludendum fit, modo ſi a ritu ludi, non prohibiti, non abhorreat. igitur ſi ſervus alterius impulſu cecidit, & crus fregit; caſu magis, quam injuria, crus fregiſſe intelligitur.

Simile exemplum eſt in *l.* 29. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.* Habebam protectum ſupra ædes tuas nullo jure, id eſt, citra ſervitutem. hoc protectum meo tenebatur fundo aut pariete: in tuo nuſquam requieſcebat *l.* 242. *D. de verborum ſignificatione.* tu id ſuſtuliſti, reciſis tignis. placet, te, quaſi mihi damnum injuria dederis, mihi lege Aquilia teneri. erat enim protectum meum, quod hærebat fundo aut pariete meo, ejuſque partem faciebat: non autem jus tibi fuit, mea tigna reſcindere, & meum protectum tua tollere auctoritate; etſi id protectum ſupra domum tuam haberem nullo jure: ſed debuiſti mecum experiri actione negatoria, jus mihi non eſſe, ita protectum habere. aliter quam ſi aquæductum trajeci per domum tuam citra ſervitutem, id eſt, nullo jure; & tu eum recidiſti ſponte tua. etſi enim & hic potueris agere adverſus me, jus mihi non eſſe, ita habere aquæductum per domum tuam; potuiſti tamen & perdere aquæductum jure tuo *l.* 27. *D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum:* quia aquæductus, a me in tuo factus, non meus, ſed tuus eſt: licet autem tibi, cum vis, removere aquæductum tuum, quem mihi in tuo habere jus nullum fuit *d. l.* 29. §. 1. maxime ſi fundi tui non tantum dominus ſis, ſed & poſſeſſor: nam unicuique fas eſt, tueri poſſeſſionem ſuam, etſi alienam invadere nefas ſit.

Aliud exemplum eſt in *l.* 30. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam.* Si quis ignem immiſerit in ſtipulam ſuam vel ſpinam, hujus comburendæ cauſa, (quod ſolere bonos & diligentes patresfamilias, jam alibi monui) & ignis ulterius evagatus, alienam ſegetem vel vineam læſerit: diſtinguendum eſt, utrum caſus damnum dederit, an imperitia aut negligentia ejus qui ignem fecit. nam ſi hic obſervaverit omnia quæ debuit, & ſubita vis venti ignem latius produxerit: jure fecit, ſed caſus nocuit; & ideo Aquilia ceſſat. quod ſi aut imperitia aut negligentia ejus qui ignem fecit, in cauſa fuit, ut ignis fugeret, id eſt, ut evagaretur nimia, quam deberet, ut ſi eum non obſervaverit ſatis, aut ſi ventoſo immiſit die; ejus culpa dicetur: quia non modo potuit, ſed & debuit cogitare, ignem latius exiturum: & ideo injuria feciſſe intelligitur.

Similis caſus *l.* 27. §. 26. *D. Ad legem Aquiliam.* Artifici faciendum dediſti calicem diatretum, id eſt, calicem ex vitro aut ſimili forandum, ſculpendum, cælandum, pro Veterum more, de quo multa præclare & erudite, ut ſolet, Claudius Salmaſius, V. CL. Notis ad Vopiſcum in *Saturnino c.* 8. *p.* 729. & Plinius *lib.* 36. *Natural. hiſtor. c.* 26. ita de vitro differens, *Aliud flatu figuratur, aliud torno teritur, aliud argenti modo cælatur.* Dediſti igitur artifici faciendum calicem diatretum. eum calicem fregit artifex, cum vellet cavare, & ſculpere: an lege Aquilia tenetur? ſi imperitia fregit, tenetur: quia imperitia ejus, qui artem profitetur, & alteri nocet, culpam habet: ut oſtendi ſupra *c.* 8. cæterum ſi artis regulas ſequutus, pleraque obſervavit, quæ erant facienda, & materia vitium habuit, excuſatur artifex; cum nihil ſit, quod ei imputetur. Plane ſi, cum ei data fuit materia, pactus ſit, ne faceret periculo ſuo, quod, & ſolent artifices, cum tales materiæ dantur; pactum ſervandum eſt *d. l.* 27. §. 29. & *l.* 13. §. 5. *D. Locati conducti.*

Alius caſus *l.* 28. *pr.* & §. 1. item *l.* 29. *D. Ad legem Aquiliam.* Titius foveas fecit urſorum cervorumque capiendorum cauſa. Ritus hodie notus eſt, & a Silio Italico olim

deſcriptus verbis ſequentibus *lib.* 6. *De bello Punico.*

Haud ſecus ac ſtabulis procurans otia paſtor
In foveam parco tectam velamine frondis
Ducit nocte lupos poſitæ balatibus agnæ.

Refert & Plinius *lib.* 8. *Natur. hiſt. c.* 8. Africam foveis cepiſſe elephantos. Feſtus quoque in verbo, *Fovii*, inquit. *Fovii, qui nunc Fabii dicuntur, dicti, quod princeps gentis ejus ex ea natus ſit, cum qua Hercules in fovea concubuit. Alii putant, eum primum oſtendiſſe, quemadmodum urſi & lupi foveis caperentur.* Igitur Titius fecit foveam urſorum cervorumque capiendorum cauſa: in eam foveam aliquid decidit, & deterius factum eſt. quæritur, an Titius lege Aquilia teneatur? diſtinguit Paulus, utrum fovea ſit in itinere facta, an in alio loco, ubi ſolet fieri. hoc caſu negat, teneri Titium; illo contra putat: quia in altero ejus culpa videtur, in altero non videtur. Quid, ſi fovea facta ſit in itinere publico, & ei qui in foveam incidit, ante denuntiatum fuit, aut eam ultro ſcivit, aut providere potuit? adhuc verius putat, ei denegandam eſſe actionem: quia ubi potuit evitare periculum, debet culpam quæ hic ſubeſt, ſibi imputare, non illi qui ſoveam fecit. Idem dicendum, ſi laqueos poſuiſſes eo loci, quo jus ponendi non haberes, & vicini pecus in eos incidiſſet *d. l.* 29. Ad hos autem laqueos reſpicit illud Virgilii *lib.* 1. *Georgic. verſ.* 139.

Tum laqueis captare feras, & fallere viſco
Inventum. — — —

etiam Proculus *l.* 55. *D. de adquirendo rerum dominio.*

Caput XX.

Adverſus quem & cui detur actio ex capite tertio legis Aquiliæ. Et quid, ſi homo liber vulneratus ſit?

Poſtquam dixi, quando actio danda ſit ex hoc capite, monet tempus, ut oſtendam, adverſus quem danda videatur. quia vero lex jubet, *damnari eum, qui alteri damnum faxit, quod uſſerit, fregerit, ruperit injuria*, idemque ex ſupra dictis intelligitur; non puto, opus eſſe, ut ad hanc partem plura adferam: maxime quia eam jam ad caput primum hujus legis latius ſum exſequutus ſupra capite decimo.

Similiter nihil refert, hic multis oſtendi, cui ex hoc capite actio danda ſit: quia apparet, domino dari: ſic enim ait lex, *Tantum æs domino dare damnas eſto.* dominus autem quis potiſſimum intelligatur, in anteceſſum monui in expoſitione primi capitis.

Illud tamen addendum eſt, quod, cum lex vult, ſi ſervus ruptus ſit, domino actionem dari, quæſitum fuit, ſi homo liber, paterfamilias, verbi gratia, vulneratus ſit, an hæc actio ei competat ſuo nomine; & apparet, ei non competere actionem; utique directam, quia neque membrorum ſuorum quiſquam dominus eſt, neque ulla liberi corporis æſtimatio eſt. Si tamen quod damnum paſſus ſit paterfamilias, propter acceptum vulnus; nihil prohibet, quo minus ei utilis actio eo nomine danda videatur *l.* 13. *D. Ad legem Aquiliam.*

Idem jus eſt, ſi filiusfamilias vulneratus ſit: placet enim, actionem dari patri; eaque conſequi eum, quod minus ex operis filii ſui habiturus ſit, & impendia quæ pro ejus curatione ſecerit *l.* 5. §. *ult. l.* 6. & 7. *D. eod. tit.* Atque id in patre certum eſt: ſed de filiofamilias videamus, an & ei actio danda ſit. & non placet, ei dandam eſſe: quia enim filiusfamilias, quodcumque adquirit, non ſibi, ſed patri cujus in poteſtate eſt, adquirit; conſequens eſt, ut, ſi quæ de his actio competat, ea patris, non filii, actio intelligatur: nec ea filius, ſed pater, experiri poſſit. Si tamen pater abſit, neque patris procurator ullus ſit, aut ſit quidem, ſed experiri nolit; obtinuit ex Juliani ſententia, etiam filiofamilias ſuo nomine actionem utilem competere: ſcilicet, ne aliter ſtatuentibus, & impunita maleficia ſint, & abſens filius adverſus patris voluntatem facile damno adficiatur *l.* 18. §. 1. *D. de judiciis*, & *l.* 8. *D. de procuratoribus.*

Caput XXI.

De æſtimatione damni injuria dati ex capite tertio legis Aquiliæ.

Reſtat, ut videamus, quemadmodum damnum injuria datum ex tertio legis Aquiliæ capite æſtimandum ſit. Ait lex, *Quanti ea res erit in diebus triginta proximis.* Ex his verbis apparet differentia primi & tertii capitis; ſiquidem ex primo tanti condemnatur reus, quanti res intra annum proximum plurimi fuerit; ex tertio autem damnatur tanti, quanti intra proximos triginta dies fuerit §. 14. *Inſt. de lege Aquilia.*

At neque *plurimi* quidem verbum tertio capiti adjicitur: ſed Juſtinianus ait, Sabino recte placuiſſe, perinde habendam æſtimationem, ac ſi etiam hac parte *plurimi* verbum adjectum eſſet: nam plebem Romanam, quæ Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit, (an juſſit?) contentam fuiſſe, quod eo verbo prima parte uſa eſſet §. 15. *Inſt. de lege Aquilia*,

quilia, idque & Ulpianus probat *l.* 29. §. *ult. D. eod. tit.*

Cæterum cum lex ait, *Quanti ea res erit*, non hoc vult, quanti id corpus erit, ſed pariter ut in primo capite, quanti præterea actoris intererit: eoque pertinere videtur quod Plinius de anthia piſce, & quomodo is capiatur, refert *lib.* 9. *Hiſtor. natur. c.* 59. quod ſupra annotavi capite primo ad finem. Neque obſtat, quod Ulpianus ſcribit *l.* 29. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam* circa retia piſcatorum in quæ navis inciderat impulſa vi ventorum, ſi damni injuria agatur ob retia, non piſcium, qui ideo capti non ſunt, æſtimationem fieri, cum incertum fuerit, an caperentur. Nam in ſuperiore caſu, qui apud Plinium eſt, æſtimatio facta fuit non piſcium, qui per anthiam capi potuerunt, ſed anthiæ, neque ipſius, qua piſcis, ſed qua conciliatoris & ducis, id eſt, ejus, qui gregario piſce pretioſior eſt, & hactenus civilem æſtimationem recipit. at in iſto caſu, qui Ulpiani eſt, id quæritur, an incertum eorum piſcium, qui non ſunt capti, æſtimari poſſit. quod ideo non placet, quod qui petit id quod ſua intereſt, ſive dicat, ſe damnum accepiſſe, ſive lucrum amiſiſſe, hoc probare debet: id autem ſi incertum eſt, qui probare poteſt? Sed & hoc eo recipit dubitationem, quod Celſus ſcribit *l.* 12. *D. de actionibus empti & venditi*, ſi jactum retis emero, & piſcator jactare rete noluit, incertum ejus æſtimandum eſſe. Niſi hæc differentia eſt, quod in ea principaliter agitur de captura, quæ quo minus fieret, ſtabat per piſcatorem, qui eam vendidit certo pretio, quo caſu incertum capturæ ex piſcatoris conſuetudine æſtimari poſſe, Accurſius refert: at in *d. l.* 29. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam* non agitur principaliter de captura, quæ incerta erat, ſed de retibus ruptis: igitur incertum ejus rei æſtimari non poteſt.

Atque hæc ad legem Aquiliam nunc quidem dicta ſufficiant.

Explicit. Liber Singularis ad Legem Aquiliam.

INDEX CAPITUM

Libri ſingularis

AD LEGEM AQUILIAM.

Cap. I. *Auctorem & capita legis Aquiliæ videri incerta.* 137

II. *Caput primum legis Aquiliæ reſtitutum. id caput perſequi cædem ſervi aut pecudis. Hominem pro ſervo dici. Si liber homo occiſus ſit, directam legis Aquiliæ actionem ceſſare: ſed utilem receptam videri exemplo elegantis Decreti Taurini Egnatii Proconſulis Bæticæ, & ſubſequuti Reſcripti Divi Hadriani. Ulpianus declaratus l.* 7. §. 4. *D. Ad Legem Aquiliam. Pecus in lege Aquilia quid? Ad l.* 2. §. 2. *D. eod. tit.* 138

III. *In lege Aquilia quidem coërceri cædem; ſed non aliam, quam injuria factam. injuriam autem accipi omne non jure factum, in quo culpa qualis qualis arguitur; etſi dolus non ſit. quod ſi aut jure aut caſu cædes facta ſit, non videri injuriam.* 140

IV. *Eum qui facit id, cujus jus habet, non facere injuria. Quid, ſi quis ſervum alienum adulterum deprehenſum occidat? quid, ſi latronem ſibi vim inferentem? quid, ſi alium? quid, ſi latronem occidat, ſed modum egreſſus? legis Aquiliæ, legis Numæ, & Corneliæ de ſicariis, egregia & nobilis differentia.* 141

V. *Ulpianum l.* 5. *D. Ad legem Aquiliam, & Tit.* 7. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum*, Legem Corneliam *pro* Aquilia *imprudentem dixiſſe. Lex* XII *Tabularum de cæde furis nocturni expoſita. Pauli elegans Fragmentum declaratum.* 142

VI. *Magiſtris in diſciplina concedi levem caſtigationem diſcentium. & quid, ſi egrediantur eum modum?* Oculus perfuſus *aut* effuſus. *Verborum*, dubito & non dubito, *uſus apud Ulpianum in l.* 5. §. *ult. D. Ad legem Aquiliam, & quibuſdam aliis in locis. De jure & modo Magiſtratuum municipalium in executione rei judicatæ, & in caſtigatione ſervorum. Domino & fructuario qualis coërcitio competat in ſervum.* 144

VII. *Cædem culpa factam, cui caſus cohæret, injuria factam videri. Exemplum Ulpiani elegans & rarum in ſervo cujus gula, dum tondetur, & novacula ſuper gulam eſt, adjecta pila præciditur. Amphibolia obſervata & expoſita in l.* XI. *D. Ad Legem Aquiliam. Aliud exemplum in ludo noxio. Quid, ſi duo ſtramenta ardentia tranſiluerint, & concurrerint, ambo ceciderint, alter flamma conſumptus ſit? Uſum ejus rei in Palilibus eſſe: de quibus accipiendam l.* 45. §. 3. *D. eod. tit. Quid juris, ſi homo in lucta, pugilatu, aut pancratio, occiſus ſit? ad l.* 7. §. 4. *D. eod. tit.* 146

VIII. *Imperitia an & qualis culpæ annumeretur? & quid de infirmitate dicendum ſit?* 149

IX. *Occidere dici eum, qui qualemcumque cædem vi & manu facit. etiam eum, qui morti cauſam præbet: ſed alterum ex vi & proprietate verbi, alterum ex mente & ſententia legis. Occiſum intelligi eum qui ſtatim exſpiravit; etiam eum qui ex intervallo mortuus eſt.* 150

X. *Hoc capite teneri omnem qui injuria occidit. An & furioſus, infans, infante major, aut proximus pubertati? & quinam dicantur tales? Quid, ſi ſervus alium occidat, vel ignorante, vel ſciente, vel jubente, vel invito, domino? Senſus l. 2. D. de noxalibus actionibus, & quarumdam aliarum. Quid, ſi homo liber occidat juſſu alterius. Quid, ſi homo a pluribus in rixa occiſus ſit, & auctor cædis vel ſciatur, vel ignoretur? Quid, ſi ab uno mortifere vulneratus, ab alio ſimiliter ictus ſtatim decedat? ad l. 51. l. 11. §. 3. l. 15. §. 1. D. Ad legem Aquiliam. An heres ejus qui hominem occidit, lege Aquilia teneatur?* 152

XI. *Ex primo capite legis Aquiliæ actionem dari hero, ſeu domino: id eſt, ei qui tum dominus fuit, cum ſervus aut pecus occideretur: neque intereſſe, utrum perpetuus dominus ſit, an temporarius. Quid, ſi deinde deſierit dominus eſſe? Quid, ſi poſt factus ſit, ſed fictione juris retro dominus habeatur? An domini appellatione bonæ fidei poſſeſſor contineatur? Et quid de fructuario, de commodatario, & creditore pignoratitio?* 156

XII. *De æſtimatione occiſi hominis aut pecudis ex primo capite legis Aquiliæ.* 158

XIII. *Secundum caput legis Aquiliæ in deſuetudinem abiiſſe, & vim ejus ignorari.* 159

XIV. *Verba capitis tertii legis Aquiliæ. Eo capite caveri de cætero omni damno, præter hominem & pecudem occiſos. Quid de apibus aut ſimilibus feris beſtiis? Emendatur Ulpiani Fragmentum Tit. 12. Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.* 159

XV. *Hoc capite caveri quidem de cætero omni damno, ſed maxime, ſi quid, uſtum, fractum, aut ruptum ſit. Hoc verbum, ruptum, videri generale, & ſic acceptum eſſe, corruptum. An conſumptum rupti appellatione veniat? Ruptum ſeu corruptum non intelligi, niſi & damnum datum ſit.* 161

XVI. *Emendatio l. 41. D. Ad Legem Aquiliam.* 162

XVII. *Si quis olivam immaturam decerpſerit, vel ſegetem deſecuerit, vel uvas crudas, an Aquilia teneatur? Ulpianus expoſitus l. 27. §. 25. D. Ad Legem Aquiliam, & Javolenus l. 42. D. de uſu & uſufructu legato.* 163

XVIII. *Verbum,* ruperit, *in lege Aquilia non indigitare aliam corruptionem, quam qua damnum corpori & a corpore adſertur. complura loca explicita.* 164

XIX. *Legem Aquiliam, etſi* corruptionem *perſequatur hoc capite, tamen non aliam perſequi, quam injuria factam.* injuriam *autem hoc capite ſimiliter accipi, ut primo, pro qualicumque culpa. Si quid jure aut caſu ruptum ſit, non intelligi injuriam. Quid juris, ſi quis vicini ædes diſſipavit incendii arcendi gratia? & alia id genus exempla quædam elegantia expoſita.* 167

XX. *Adverſus quem & cui detur actio ex capite tertio Legis Aquiliæ. Et quid, ſi homo liber vulneratus ſit?* 170

XXI. *De æſtimatione damni injuria dati ex capite tertio legis Aquiliæ.* 170

GERAR-

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

DE

FOENORE ET USURIS

LIBRI TRES,

In quibus

MULTA JURIS CIVILIS

ALIORUMQUE

VETERUM SCRIPTORUM

LOCA

aut illuſtrantur aut emendantur.

EDITIO TERTIA.

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Antecceſſoris,

DE

FOENORE ET USURIS,

LIBER PRIMUS.

PRÆFATIO.

De fœnore & uſuris vetus quæſtio eſt: qua dubito, an nulla ſit ad cognitionem elegantior. certe nulla ad regendam negotiorum æqualitatem magis opportuna eſt. ſed, quod mirere, nulla æque experta eſt contraria hominum judicia. fuit enim, cum juſta & honeſta, fuit cum impia & flagitioſa haberetur uſura: nedum turbæ & imperitæ plebi, inconſulte procedere ſolitæ: ſed ſapientibus nobili fama & ſpectata gravitate. etſi non ſuo merito, ſed hominum fœnore & uſuris male utentium. adjuvitque errorem; quod qui diſciplina formarunt mores, caſtigaturi ſeculi vitium, aliquando, ut fit, frenis uſi fuere adductioribus, quam res vellet: fere ut quod ſolutius eſſet, ad integritudinem reducerent. ſed maxime factum ignorantia rationis, res humanas continentis, ut fœnus uſuræque vetarentur. nec tamen, ne exerceretur pecunia, legibus pœniſque, vel graviſſimis, impetratum fuit. contra cœpere uſuræ ſub alio nomine ex locupletum libidine ſine fine peti. ita damnum attulit medicina, unde ſalus ſperabatur: apparuitque, ſatius fuiſſe, uſuram Gentium jure ſubnixam, & ad tuendam proprietatis vim atque utilitatem pertinentem, probabili indulgeri modo, quam veneratione erroris, officii ſpecie fallentis, pergere ultra, quam communis pateretur ſenſus. Sed enim virtutem veram & maſculam a vana atque imaginaria ſeparari decet: illam utilem humano generi retineri colique religioſe & ſancte, iſtam inani ſeveritate noxiam ſerio repudiari, omnium intereſt. niſi aliud humanis rebus vero atque utili magis convenit. at ipſa quid eſt ſapientia, tantopere omnibus ſeculis laudata, præter veri atque utilis intelligentiam? ad quam bona fide accedere, unicuique jus eſt nato homini, non impediente natura, utilis bonique ſtudioſa: eniti vero pretium operæ fuerit in re tanti momenti, qua nulla eſt majoris. ſcilicet, quia ea commercium, unicum humanæ indigentiæ ſubſidium, pace & bello, ſive privatos, ſive civitates, ſive principes, ſive denique in maximis, minimis, præſentis opportunitatem pecuniæ putes, carere non poſſit. hac ratione nec contentus fui, attigiſſe rem pulcherrimam, perque omnes civilis ſapientiæ partes longe lateque diffuſam. magis ſuſtinui, integram complecti formam, ipſam obſcuram, atque impeditam, nec tamquam ex præſcripto ſemel natam, neque adeo unam & conſtantem, qualem plerique effingunt hactenus: ſed, quod evenit his quæ utentium conſuetudine formantur, ſenſim perfectam, atque interim pro uſu temporum ac morum variam ac mutabilem, ſæpe palam, aliquando per conſequentiam mutati nominis, ut jus inutile vel colore eluderetur. ea ſane & ſimilia cum ad rei momenta adferre plurimum & lucis & voluptatis exiſtimarem, quamquam arduum eſſet, obſervavi, quantum per antiquos licuit Auctores quibus longa pepercit vetuſtas. fuit quoque ubi Librariis a quibus deſcripta ſunt eorum monumenta, imputarem cauſarias locorum partes, earumque moleſtias levare aut tollere medica conarer arte quam eis homines ingenio & doctrina principes, nullam aut infeliciter attulerant. Sed de ſe quiſque ſperat bene: & tu rem mavis, quam verba. deſino igitur præfari: & quem exſpectas futuræ ordinem diſputationis, ſubjicio.

CAPUT I.

Summaria operis diſtributio.

Opus hoc quod de fœnore & uſuris inſcripſi, in tres diſtribui libros. quorum primus, expoſita ante vocabulorum vi ac poteſtate, quam aut priora aut inſequuta invenerint tempora, dein an Gentium aut Divino jure uſura aut fœnus probetur, late diſceptat. alter conſumitur circa modum finemque, quem pro hominum cauſarumque varietate, ſive ex contrahentium conventione, ſive ex officio Judicis, vel vetuſtas tenuerit, vel

vel ad novam humanitatis legem Juſtinianus inflexerit: ſimul, quid avaritia contra palam aut arte auſa ſit, quæque adverſus eam remedia invaluerint, diligenter examinat. tertius cauſas exſequutus, quibus naſci aut tolli uſura videatur, iter viæ utilis, nec inamœnæ, quamquam aliquando aſperæ, nec ſatis vulgatæ, abſolvit. Sed primum de verborum vi atque uſu videbo.

CAPUT II.

Vetuſtiſſimos auctores acceſſionem quæ creditori datur pro uſu ſortis, non uſuram, *ſed* fœnus, *appellaſſe:* uſuræque *nomine non* fœnus, *ſed* cujuſque rei uſum, *indigitaſſe. dein loquentium uſu obtinuiſſe, ut* uſura *pro* fœnore *acciperetur. Eam* uſuram *pro* pecuniæ *aut* frugum, *non pro* corporum, *uſu præſtari. Conſtantinus l. 25. C. de uſuris explicitus, adducto Veterum more ex l. 8. C. Si certum petatur, & Ambroſio, De Tobia. Quo ſenſu Paulus l. 17. § ult. D de uſuris dicat,* Statuas vel imagines ponendas legari, *ex antiquis præſertim Marmoribus demonſtratum. Quæ pro uſu* corporum *dantur, non* uſuras *dici, ſed* mercedes & penſiones *aut* reditus: *& tamen* uſuras *videri* mercedes *quæ cum pecuniæ aut frugum uſu mutentur. Jus civile iiſdem rebus ſæpe diverſa, & diverſis eadem, nomina ac jura imponere. Cur Veteres Juris auctores non ut aliorum negotiorum, ſic* fœnoris *proprium fecerint contractum, neque hoc ſub* locatione & conductione *comprehenderint.* Fœnus uſuraſque *non tantum in* credita, *ſed etiam in* alia *materia conſtitui poſſe. Eam uſuræ conditionem eſſe, ut pro uſu ſortis exigatur.*

Antiquiſſimi auctores acceſſionem, ſive incrementum, quod debitor creditori dat pro uſu ſortis, non *uſuram*, ſed *fænus*, appellarunt. hoc ut ſentiam, movet me, quod Cato, initio operis *De re ruſtica*, & Plautus, *Aſinar.* 1. 3. *in fin. Moſtellar.* 3. 1. *& alibi*, cum de ſortis acceſſione loquuntur, non *uſuræ*, ſed *fænoris*, meminerunt: *uſuræ* autem nomine Plautus, *Prolog. Amphitr. verſ.* 108 non ſortis acceſſionem, ſed cujuſque rei uſum, indigitat his verbis, *Uſuramque ejus corporis cepit ſibi.* Nec tantum Plautus ſic utitur eo verbo; ſed & Accius, *Oenomao*, apud Nonium, *cap.* 3. *De indiſcretis generibus per ordinem literarum.* verba Accii. *Atque hanc poſtremo ſolis uſuram cape.* Cicero quoque *lib.* 1. *Tuſculan. quæſtion.* de natura ſic ſcribens, *Ea quidem dedit uſuram vitæ, tanquam pecuniæ, nulla præſtituta die.* Hæc vetus & propria uſuræ ſignificatio eſt.

Sed ab hac abiit loquentium conſuetudo: qua placuit, *uſuram* dici pro *fænore:* id eſt, pro incremento ex uſu nato, maxime pecuniæ. inde Iſidorus *lib.* 5. *Orig. c.* 35. *p.* 931. *Uſura eſt incrementum fænoris, ab uſu æris crediti nuncupata.* Varro quoque *lib.* 4. *De lingua Latina. Compendium quod cum compenditur, una ſit. à quo uſura, quod in ſortem accedebat impendium appellatum: quæ cum accederet ad ſortem, ex uſu uſura dicta; ut ſors, quod ſuum ſit ſorte.* Nec id novum eſt in verbo *uſura:* ſed in aliis quoque evenit. Priſcianum audi *lib.* 11. *pag.* 923. editionis Putſchii. ait *Sunt & alia eadem & nomina & participia, ut ſcriptura*, ἡ γράψασα καὶ ἡ γραφή. *uſura*, ἡ χρησαμένη, καὶ ὁ τόκος ἤτοι ἡ χρῆσις. *litura*, ἡ ἀπαλείψασα καὶ ἡ ἀπαλοιφή. Idem vel ſimile in *mercatura.* auctor Nonius *cap.* 5. *pag.* 726. Verba Nonii. *Merx & mercatura hoc diſtant. Merx eſt ſpecies ipſa; mercatura actus ipſe vel lucrum de merce.* Sic *capturam* dixit Suetonius, *Caligula c.* 40. pro mercede obſcœna & vili: quamquam & pro deceptione accipi, probet Iſidori Gloſſarium.

Igitur uſura, ſi verbi uſum ſpectes, eſt pecuniæ vel frugum acceſſio quam creditor a debitore exigit pro uſu ſortis. Dixi, *pecuniæ acceſſionem:* quomodo *l.* 18. *Cod. Theod. de luſtrali conlatione* dicitur, *creſcentis in dies ſingulos pecuniæ acceſſio.* Africanus *l.* 24. *D. de præſcriptis verbis* definit, *reditum pecuniæ.* Tertullianus *lib.* 4. *Adverſus Marcionem c.* 17. vocat, *redundantiam & fructum fænoris.* verba Tertulliani. *Pecuniam inquit ſuam fænori non dedit, & quod abundaverit, non ſumet; fænoris ſcilicet redundantiam quod eſt uſura. Prius igitur fuit, ut fructum fænoris eradicaret, quo facilius aſſuefaceret hominem ipſi quoque fænori, ſi forte perdendo, cujus fructum didiciſſet, amittere.* Eſt igitur uſura acceſſio pecuniæ, ſed numeratæ præſertim. Inde Feſtus, *De verbis veteribus, Fænus appellatur naturalis terræ fœtus, ob quam cauſam & nummorum fœtus fænus eſt vocatum.* Hieronymus, in *Ezechielem lib.* 6. *c.* 18. *pag.* 206. *Putant quidam uſuram tantum eſſe in pecunia.* Et Iſidorus *lib.* 5. *Originum c.* 35. *pag.* 931. *Uſura eſt incrementum fænoris, ab uſu æris crediti nuncupata.* Receptum tamen eſt; ut, ſi fructus debeantur, verbi gratia, oleum, vinum, frumentum, ex his quoque acceſſio deberi poſſit *l.* 12. *C. de uſuris*, ob variam & incertam eorum æſtimationem

quam

quam Plinius obſervat *lib.* 33. *Natur. hiſtor. c. ult.* his verbis. *Pretia rerum quæ uſquam poſuimus, non ignoramus alia in aliis locis eſſe, & omnibus pene annis mutari, prout navigationes conſtiterint, aut ut quiſque mercatus ſit, aut aliquis prævalens manceps annonam flagellet.* Nempe, quia fructus, cum mutui dantur, ſæpe magno conſtant, & cum redduntur, vili venduntur, ſi quidem in eodem atque æque bono reddantur genere, ſed ſine additamento uſurarum ejuſdem generis, facile poſſit captio eſſe creditoris: qui eos dedit, cum majoris eſſent pretii; & recipit, cum ſunt minoris. hoc vero quia non patitur ratio æqualitatis, in contractibus jure Gentium obſervandæ; atque ipſum poſſit homines abſterrere a mutui datione, id eſt, a ſubſidio tam notabili temporariæ inopiæ, quo ſubſidio communis omnium vita eget: idcirco conſequens fuit incerto pretii, uſuras etiam fructuum promitti. Atque hoc Imp. Philippus ſignificat *l. 23. C. de uſuris: Oleo*, inquiens, *quidem vel quibuſcunque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio additamentum uſurarum ejuſdem materiæ ſuaſit admitti.* Nec tantum Philippus vult, in his recipi uſurarum uſum; ſed & Hieronymus *d. loc.* quamvis alia ratione. verba ejus. *Putant quidam uſuram tantum eſſe in pecunia. quod prævidens ſcriptura divina, omni rei aufert ſuperabundantiam: ut plus non recipias, quam dediſti. Solent in agris frumenti & milii, vini & olei, cæterarumque ſpecierum uſuræ exigi: ſive, ut appellat ſermo divinus, abundantiæ. Verbi gratia: ut hyemis tempore demus decem modios: & in meſſe recipiamus quindecim, hoc eſt, amplius partem dimidiam. Qui juſtiſſimum ſe putaverit: quartam plus accipiet portionem, & ſolent argumentari ac dicere: dedi unum modium qui ſatus, fecit decem modios: nonne juſtum eſt, ut medium modium de meo plus accipiam, cum ille mea liberalitate novem & ſemis de meo habeat.* Utcumque erit; conſtat, uſuram non tantum ex numerata pecunia, ſed etiam ex fructibus, deberi; & utriuſque ſive acceſſionem, ſive additamentum, haberi. Nec ſat ſcio, quid moverit Salmaſium, *De uſuris c.* 20. *pag.* 615. *& ſeq.* ut exiſtimaret, *acceſſionem* & *additamentum* proprie dici de uſuris non pecuniæ, ſed fructuum mutuo datorum. id enim refutatur *l.* 70. §. 1. *D. de legatis lib.* 2. *l.* 18. *Cod. Theod. de luſtrali conlatione. l.* 12. & *l.* 23. *C. de uſuris:* in quibus ea vocabula de uſuris tam pecuniæ, quam fructuum, indiſtincte accipiuntur. ſed & ipſe fatetur *d. loc.* Salmaſius *de aliis uſuris* acceſſionis *vocabulum paſſim poni.*

Igitur uſura eſt acceſſio pecuniæ vel frugum. an & corporum? finge, aurum vel argentum factum eſt per fideicommiſſum relictum, vaſa, verbi gratia. in traditione mora intervenit. an facienda uſurarum æſtimatio eſt? & ſi quidem materia iſta ideo relicta ſit, ut ea diſtracta, pecunia quæ refecta, fideicommiſſa ſolverentur, aut alimenta præſtarentur; deberi uſuram, Papinianus ſcribit: non enim oportere fruſtrationem impunitam eſſe: ſed ſi forte ideo ſit relicta, ut his vaſis uteretur; non poſſe uſuras ſine rubore deſiderari *l.* 3. §. *ult. D. de uſuris.*

At enim Paulus *l.* 17. §. *ult. D. eod. tit.* ait, *Si dies non ſit ab his qui ſtatuas vel imagines ponendas legaverunt, præfinitus, a Præſide tempus ſtatuendum eſt: & niſi poſuerint heredes, uſuras reipublicæ uſque ad tertiam centeſimæ pendent.* Legatæ proponuntur ſtatuæ vel imagines, ab herede ponendæ. ait Paulus, heredem, ſi eas non poſuerit intra præfinitum tempus, reipublicæ uſuras debere. vult igitur, uſuras ex corporibus pendi: quia vult, eas pendi ex legatis ſtatuis. Sed & Conſtantinus *l.* 25. *C. eod. tit.* inſit, *Pro auro & argento & veſte facto chirographo licitas ſolvi, vel promitti uſuras juſſimus.* Quid ni? nam ſi ad uſuræ proprietatem ſpectes, indigitat uſum non minus corporum, quam quantitatum. quid ni igitur æque ad corporum, atque ad quantitatum, acceſſionem referatur?

Sed eximamus ſcrupulum. quod ad Conſtantinum attinet: (nam ab eo initium faciam) non ſic accipiendus eſt, quaſi jubeat, pro auro & argento facto, aut pro veſte, id eſt, pro his corporibus, ſolvi vel promitti uſuras. non fuit hæc, etſi creditur, Conſtantino mens. magis voluit definire hac diſerta lege, (eſt enim, ut Inſcriptio indicat, *Ad Populum*) ſi talia corpora debitori æſtimata data ſint, quæ uſuræ pro ea æſtimatione promitti aut ſolvi debeant. hoc agit: nec opus multa arceſſere: tantum verba conſideremus. non ſimpliciter jubet Conſtantinus, pro auro & argento & veſte, facto chirographo, ſolvi vel promitti uſuras: ſed jubet, pro his, facto chirographo, ſolvi vel promitti uſuras licitas, id eſt, tantum centeſimas, non majores. ſit thema. poſcebas a Titio mutuam pecuniam. ille cum non haberet, vel non habere ſe ſimularet: dedit tibi aliquas ſpecies, puta aurum vel argentum factum vel veſtes, utriuſque conſenſu æſtimatas. mox eam æſtimationem, ex eaque uſuras majores licitis, ſive legitimis, id eſt, centeſimis, ſtipulatus eſt. ſit chirographum. quæ debentur uſuræ? juſſimus, inquit, Conſtantinus, licitas, id eſt, tantum centeſimas, (ultra nullæ ſunt licitæ) ſolvi vel promitti uſuras. Sic ad Populum jam diſerta lege Conſtantinus. nam hoc modo ante cuidam Proculo homini privato, tantum de facto conſulenti, reſcripſerant Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 8. *C. Si certum petetur*, in hæc verba: *Si pro mutua pecunia quam a creditore poſcebas, argentum vel jumenta, vel alias ſpecies utriuſque conſenſu æſtimatas accepiſti, dato auro pignori, licet ultra uſuram centeſimam uſuras ſtipulanti ſpopondiſti: tamen ſors quæ æſtimatione placito partium definita eſt, & uſurarum titulo legitima tantum recte petitur.*

 Sic

Sic legendum, *legitima tantum*, id eſt, centeſima tantum: etſi vulgo editur, *legitima ſumma tantum:* ſenſu minime idoneo. Sed apparet, a Conſtantino non quæri; an uſuræ poſſint deberi ex auro & argento & veſte; ſed quantæ, his æſtimatis, poſſint ex æſtimatione deberi facto chirographo. erat autem aliqua avaritiæ cauſa, aut potius color, hic petendi uſuras majores licitis, ſive legitimis, id eſt, centeſimis; quod fœneratori eſſet frangendum, verbi gratia, argentum, aurumve, fabrefactum; nec iniquum videretur, id damnum ei a debitore majore uſura, quam licita, reparari. auctor Ambroſius, *De Tobia c.* 3. verba Ambroſii. *At ubi uſurarum mentio facta fuerit, aut pignoris, tunc abjecto ſupercilio fœnerator arridet, & quem ante cognitum ſibi denegabat, eundem tanquam paternam amicitiam recordatus oſculo excipit, hereditariæ pignus charitatis appellat, flere prohibet. Quæremus, inquit, domi, ſi quid nobis pecuniæ eſt, frangam propter te argentum paternum quod fabrefactum eſt, plurimum damni erit, quæ uſuræ compenſabunt pretia emblematum? Sed pro amico diſpendium non reformidabo, cum reddideris, reficiam. Itaque antequam det, reficere feſtinat: & qui in ſumma ſubvenire ſe dicit, uſuras exigit. Kalendis, inquit, uſuras dabis: fœnus interim, ſi non habueris unde reſtituas, non requiro. Ita ut ſemel det, frequenter exigit, & ſemper ſibi debere efficit. Hac arte tractat virum. Itaque prius eum chirographis ligat, & adſtringit vocis ſuæ nexibus. Numeratur pecunia.* Expoſui Conſtantinum.

Venio ad Paulum. nec is voluit *d. l.* 17. §. *ult.* ab herede pendi uſuras ſtatuarum: ſed pecuniæ hereditariæ, qua eum ſtatuas ex teſtamento emere & ponere oportebat. dicuntur enim legari ponendæ ſtatuæ; cum legatur pecunia ad emptionem poſitionemque ſtatuarum; denique, cum heres jubetur, ſtatuam ponere, faciendam ſumma, a teſtatore præſcripta. ſic enim ſolent teſtatores, non utique legare ipſas ſtatuas: id eſt, certa corpora; ſed certam pecuniam quam in ſtatuas faciendas ponendaſque impendi velint. Id oſtendit ſequens Lapis, apud Gruterum, *pag.* 159. *Inſcr.* 9.

MELIA. ANNIANA. IN MEMOR
Q. LÆPICI. Q. F. SER. BASSI
MARITI. SUI. EMPORIUM. STERNI.
ET
ARCUM. FIERI. ET. STATUAS.
SUPERPONI
TEST. JUSS. EX. HS. DCDXX. PR.

Solent & pondus, ſimul materiam, definire, ex qua & fieri & poni ſtatuas oporteat: & exemplum apud Gruterum, *pag.* 101. *Inſcr.* 2.

CÆCILIA. TROPHIME. STATU
AM. PIETA. TESTAMENTO. SUO
EX. ARG. P. C. SUO. ET. CÆCILI
SILON. MAR. SUI. NOMINE. P. C.
D. CÆCIL. HOSPITAL. ET CÆ
CILIA. PHILETE. HEREDES. SINE
ULLA. DEDUCTIONE
XX: P

Significat, Cæciliam Trophimen teſtamento ſuo poni curaſſe ſuo, & Cæcilii Silonis, mariti ſui, nomine, ſtatuam Pietatis ex argento pondo centum. ſic enim priore loco explico has literas P. C. ſuadente illo Statii *lib.* 5. *Sylvarum* ex teſtamento Priſcillæ.

Da Capitolinis æternum ſedibus aurum
Quo niteant ſacri centeno pondere vultus
Cæſaris, & propriæ ſignet cultricis amorem.

Addo & ſequens Marmor ex eodem Gruteri Corpore *pag.* 1. *Inſcr.* 5.

P. NUMERIUS. MARTIALIS
ASTIGITAN. SEVIRALIS. SIGNUM
PANTHEI. TESTAMENTO. FIERI
PONIQUE. EX. ARGENTI. LIBRIS
C. SINE. ULLA. DEDUCTIONE
JUSIT

Unde apparet, cum a Paulo *d. l.* 17. §. *ult.* legatæ dicuntur ponendæ ſtatuæ, non utique legata eſſe certa corpora; ſed pecuniam ex qua ſtatuæ ab herede emendæ ponendæque ſint. atque ita acceperim quoque ſequentem Lapidem, apud Gruterum *pag.* 111. *Inſcr.* 3.

GENIO. COL. I. V. T. TARRAC

L. MINICIUS. APRONIANUS
II. VIR. QQ. TESTAMENTO
EX. ARG. LIB. XV
PONI. JUSSIT

Et *pag.* 67.

T. VIBIUS
ZOTICUS. VI
VIR. AUGUSTAL
LIBERUM. PATREM
CUM. REDIMICULO
AURIF. ET. THYRSO
ET. CANTHARO. ARG. P. II.
TESTAM. PONI. JUSSIT

Item Pomponium *l.* 7. *D. de annuis legatis:* cum ſic loquitur, *Ad auctoritatem ſcribentis hoc quoque pertinet, cum quis juſſit in municipio imagines poni.* Idque certius, opinor, fuerit ex conjunctione Ulpiani *l.* 5. *D. de operibus publicis:* cujus hæc verba ſunt, *Si legatum vel fideicommiſſum fuerit ad opus relictum; uſuræ quæ & quando incipiant deberi, reſcripto Divi Pii ita continetur: Si quidem dies non ſit ab his qui ſtatuas vel imagines ponendas legaverunt, præfinitus, a Præſide provinciæ tempus ſtatuendum eſt: & niſi poſuerint heredes, uſuras leviores intra ſex menſes; ſi minus, ſemiſſes uſuras reipublicæ pendant. Si vero dies datus eſt, pecuniam deponant intra diem; ſi aut non invenire ſe ſtatuas dixerint, aut loco controverſiam fecerint, ſemiſſes protinus pendant.* Poſſunt igitur uſuræ ex quantitatibus deberi; ſed ex corporibus non poſſunt.

Quid ni, patiente vetere, & propria, verbi ſignificatione? Sed quæ pro uſu corporum dantur, iis locatis, vel cum mora in eorum præ-

præſtatione aut reſtitutione commiſſa eſt, non uſuræ, nec ſœnus, ſed mercedes, vel penſiones, vel reditus, vel fructus, vel quaſi fructus, appellantur *l.* 27. §. 1. *&* *l.* 29. *D. de hereditatis petitione*, *l.* 7. §. 1. *D. de uſufructu*, *l.* 13. *C. eod. tit. l.* 19. *ſ. pr. l.* 34. *&* 36. *D. de uſuris*, & apud P. Diaconum, *De Notis literarum*, literæ, AED. IN. M. exponuntur, *ædes inſcripſit mercede.* Nec tamen negem, uſuras ac ſœnus, ſi rem ſpectes, eſſe pecuniæ reditus. ſic enim vocantur a Scævola *l.* 30. *D. de adimendis legatis*, & Africano *l.* 24. *D. de præſcriptis verbis*, & in ſequente Marmore, apud Gruterum *pag.* 460. *Inſcr.* 3. HIC. COLL. FABR. M. R. H-S. xxx. N. V. DEDIT. EX. QUORUM. REDITU. QUODANNIS. DECURIONIB. COLL. FABR. item, apud Carolum Cæſarem Malvaſiam, *Marmoribus Felſineis ſect.* 3. *c.* 6. *pag.* 111. IN HUJUS. BALINEI. LAVATION. H-S. CCCC. NOMIN. C. AVIASI. T. F. SENECÆ. F. SUI. T. AVIASIUS. SERVANDUS. PATER. TESTAMENT. LEGAVIT. UT. EX. REDITU. EJUS. SUMM. IN. PERPETUUM. VIRI. ET. IMPUBERES. UTRIUSQUE. SEXSUS. GRATIS. LAVENTUR. Video, uſuras etiam mercedes dici ab Horatio, *lib.* 1. *Serm. ſat.* 2. *verſ.* 14. *&* *ſat.* 3. & a Perſio *ſat.* 6. *verſ.* 67. addo, Pomponio, *Piſtoribus*, apud Nonium in verbo, *Occupatus:* verba Pomponii, *Quæ tuleram meçum millia decem victoriatûm Græca mercede illico curavi, ut occuparem.* Sed quid mirum eſt, res eaſdem aliis nominibus, & alio jure, cenſeri? conſiderantibus, jus quo utimur, non eſſe cito natum, fungi more: ſed primum fuiſſe arctis finibus incluſum, dein per diverſa tempora, provocante utilitate, non dicam Legibus, ſed ſæpe Fori diſputatione, ſæpe Edictis, ſæpe Senatusconſultis, ſæpe Principum Conſtitutionibus, aut deluſum, aut ampliatum, fuiſſe: & iiſdem rebus diverſa, diverſiſque eadem, nomina & jura impoſuiſſe: adeo verum eſſe apud noſtros quod de Stoicis Seneca *lib.* 2. *De benefic. c.* 35. inſit; *A conſuetudine quædam quæ dicimus, abhorrent: deinde alia via ad conſuetudinem redeunt.* Et *De conſtantia ſapientis. c.* 3. *Ita ſublato alte ſupercilio, in eadem quæ cæteri deſcenditis, mutatis rerum nominibus.* Sic Prætor emancipato filio, quum a patre præteritus eſt, non hereditatem dat; quippe, cum non poſſit heredem, id eſt, dominum, facere eum qui jure civili non ſit dominus: ſed dat ei bonorum poſſeſſionem: id eſt, mutato nomine, ei idem dat quod habiturus eſſet, ſi jure civili heres eſſet §. 2. *Inſt. de bonorum poſſeſſionibus.*

Simile in ſœnore fuit: videtur hoc (quod Tacitus & Appianus teſtantur, *locis infra allegandis lib.* 2. *c.* 4.) improbatum fuiſſe vetuſtis reipublicæ temporibus; & quamquam deinde uſu receptum, etiam lege Duodecim Tabularum confirmatum, tamen lege Genucia rurſus prohibitum, eſſe: quod tum neque luxui, neque mercaturæ, valde ſtuderet populus; ſed fere agriculturam & arma honeſta haberet; denique, plebs ſœnore premi magis, quam juvari, crederetur. ea gratia qui civilia negotia definierunt, non fecerunt ſœnoris aut uſuræ certum ac proprium contractum, ut mutui, commodati, locationis & conductionis: ſed neque fœnus locationi & conductioni annumerarunt: quippe quam intra uſum corporum coërcuerunt; nec ad quantitates porrexerunt, nondum animadverſa utilitate locatæ & conductæ pecuniæ. ac quamquam poſt non diſpliceret uſus ſœnoris, inducti, ut videtur, intellecto venalis temporis commodo; non potuit tamen locatione aut ejus regulis cenſeri, reſiſtente contractus ſubſtantia, jure civili jam recepta, & privatis pactionibus non mutanda. ita factum fuit, ut corporum mercedes, vel penſiones, vel reditus, locatione percipi dicerentur; quantitatum vero incrementa ſub appellatione ſœnoris, mox etiam uſuræ, aut pœnæ, ſtipulatione deberi. tandem quoque obtinuit, ut uſuræ in bonæ fidei judiciis officio Judicis deberentur. quod ſub libera republica non fuiſſe, ſicut ſuo oſtendam loco; ſic interim obſervandum, quia a nullo, quantum memini, animadverſum eſt; etſi ad hujus juris cum initia; tum incrementa, pernoſcenda magni momenti ſit.

Eſt igitur fœnus, ſive uſura, incrementum pecuniæ, vel fructuum, quod creditor a debitore exigit pro uſu ſortis. Sed utrum in eodem genere quod creditum eſt, an etiam alio? & verius eſt, ſi non ſpecialiter ſit conventum, ut in alio præſtetur genere, in eodem deberi quod creditum eſt: denique, poſitis in fœnore nummis, nummariam eſſe uſuram; frugibus autem creditis, uſurarum additamentum ejuſdem admitti materiæ *l.* 23. *C. de uſuris.* Hoc; ſi non ſpecialiter aliud pactum conventum ſit. quid ſi id ſit? jam placet, uſuras etiam alia in re quam quæ credita ſit, deberi. nec longe petam auctoritatem: dabit eam Auguſtinus, *Concione* 3. *in part.* 3. *Pſalmi* 36. *tom.* 8. *pag.* 123. verba Auguſtini. *Si fœneraveris homini, id eſt, mutuam pecuniam tuam dederis a quo aliquid plus quam dediſti exſpectes accipere; non pecuniam ſolam, ſed aliquid plus quam dediſti, ſive illud triticum ſit, ſive vinum, ſive oleum, ſive quidlibet aliud; ſi plus quam dediſti, exſpectas accipere, fœnerator es.* Idem oſtendit thema *l.* 16. *C. eod. tit.* in qua proponitur pecunia ſœnori accepta, ut certa tritici modiatio præſtaretur; nec quid in eo reprehenditur, præter modum. Accedit, quod Marcianus *l.* 11. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis* ait, *Si ἀντίχρησις pro credito facta ſit, & in fundum aut in ædes aliquis inducatur: eo uſque retinet poſſeſſionem pignoris loco, donec illi pecunia ſolvatur: cum in uſuras fructus percipiat;*

cipiat, aut locando, aut ipſe percipiendo, habitandoque. Et exemplum habet Imp. Philippus *l. 17. C. de uſuris*, his verbis. *Si ea lege poſſeſſionem mater tua apud creditorem ſuum obligavit*, ut fructus in vicem uſurarum conſequeretur, *obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum reſcindi placita non poſſunt.* Alexander quoque *l. 14. C. eod. tit.* verba Alexandri. *Si ea pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit*, ut vice uſurarum [domum] inhabitaret, *pactoque ita, ut convenit, uſa eſt, non etiam locando domum penſionem redegit: referri quæſtionem, quaſi plus domus redigeret, ſi locaretur, quam uſurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet.* Poteſt igitur uſura ex pacto convento in alio genere, quam quod creditum ſit, conſtitui.

Poſtremo vult uſuræ definitio, quod creditor eam a debitore exigit pro uſu ſortis. atque hoc videntur Varro & Iſidorus voluiſſe, *locis ſupra allegatis*; cum ajunt, uſuram ab uſu ſortis, ſive æris crediti, nuncupatam. Papinianus quoque ſcribit, uſuras percipi propter uſum medii temporis *l. 58. §. 6. D. Ad SCtum Trebellianum.* ſed & Ambroſius, *De Tobia cap. 5.* agens de fœneratorum pecunia, ait, *Uſum requirit, ut acquirat uſuram.* idque adeo verum eſt, ut Florentinus ſcribat *l. 57. D. de pactis*, *Qui in futurum uſuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus ſortem petat.* idque Ulpianus probat *l. 2. §. 6. D. de doli mali & metus exceptione.* apud Paulum quoque *l. 16. §. 1. D. de uſuris* exſtat, *Cum uſuræ pretii fundi ab eo qui a fiſco emerat, peterentur, & emptor negaret traditam ſibi poſſeſſionem, Imperator decrevit, iniquum eſſe, uſuras ab eo exigi qui fructus non percepiſſet.* Recte: poſtulat enim æquitas, ut generaliter cui pecunia debetur ob rem quam eum viciſſim præſtare oporteat, ei uſuræ non debeantur; ne ex ſtipulatu quidem: niſi ipſe præſtiterit id ad quod tenebatur: ut apparet ex *l. 42. §. 2. D. Soluto matrimonio. l. 69. §. 3. D. de jure dotium.*

Caput III.

Uſuram ſi ad moram coërcendam referatur, pœnam *dici: ſi ad damni reparationem ſpectet*, id quod intereſt *videri: ſi ad lucrum reſpiciat, magis* uſuram, *& vetuſtiore nomine* fœnus, *appellari. Salmaſium a veteribus Grammaticis de origine & proprietate* fœnoris *ſine cauſa diſſentire.* fœnus *recte pro* ſorte, *ſed proprie pro* uſuris, *accipi. Nonius expoſitus, ſalva vetere lectione, adverſus Salmaſium. quomodo* uſura *a* fœnore *diſtinguatur, poſtquam in bonæ fidei judiciis cœpit ex mora deberi officio Judicis. cur in Pandectis & Codice inſcribatur Titulus De* nautico fœnore *potius, quam De* nauticis uſuris?

Verum ut adhuc clarius pleniuſque intelligatur & vis & uſus vocabuli, obſervandum præterea, quod uſura vel ex mora debetur, vel ex die interpoſitæ conventionis *l. 40. D. de rebus creditis:* & ſi ex mora debetur; tum ſi ad debitorem reſpicias, fere ad coërcendam ejus fruſtrationem pertinet *l. 3. §. 4. D. de uſuris*, & ideo *pœna* appellatur *d. l. 40. l. 90. D. de verborum obligationibus.* ſin ad creditorem ſpectes: ſaltem agit, ut ei reparet damnum quod ex mora debitoris patitur. quo caſu magis *id quod creditoris intereſt*, quam *uſuram* videri, Labeo, & ex eo Pomponius, refert *l. 60. D. Pro ſocio.* ſed & Paulus *l. 17. §. 3. D. de uſuris*, agens de uſuris in legatis & fideicommiſſis ex mora præſtandis, exemplo actionum bonæ fidei, ait, uſuras non propter lucrum petentium, ſed propter moram ſolventium, infligi. Nec cuiquam inſolens videri debet, uſuram ex mora debitam, ex una parte id quod intereſt, ab altera pœnam, dici. nam & utilitatis æſtimatio quæ a judice ex mora promiſſoris fit in actione de eo quod certo loco, Ulpiano *l. 2. §. ult. D. de eo quod certo loco* id quod intereſt, Paulo *l. ult. D. eod. tit.* pœna, appellatur. Poteſt uſura etiam ſtatim deberi ex die interpoſitæ ſtipulationis. meminit Baſilius, *Homil. in Pſalm. 14. pag. 139. tom. 1.* verba Baſilii. *Semina omnia ſuo tempore naſcuntur, animalia quoque tempore præſtituto ſuos edunt fœtus. Fœnus vero hodie naſcitur, hodie parere incipit.* Idem Paulus obſervat in fine *d. l. 40. D. de rebus creditis*, maxime ſi in ſtipulatione hoc expreſſum ſit. quod Græci animadverterunt *Baſilic. lib. 23. tit. 1. tom. 3. pag. 309. & ſeq. ſchol. ad. d. l. 40.* eo vero caſu ad lucrum ſpectat res, & in ſpecie *uſura* vocatur, auctore Pomponio *d. l. 60.* ac vetuſtiore magiſque proprio vocabulo, *fœnus:* ut ſupra monui. hoc ſenſu Ambroſius, *De Tobia c. 12. Pecunia fœnebris a die conventionis creſcentibus ſerpit uſuris.* Seneca *lib. 4. De beneficiis c. 3. Iſtud non eſt beneficium, ſed fœnus, circumſpicere, non ubi optime ponas, ſed ubi quæſtuoſiſſime habeas, unde facillime tollas.* Suetonius, *Octavio c. 39. Notavitque aliquot, quod pecunias levioribus uſuris mutuati, graviore fœnore collocaſſent.* Donatus, *ad Terentium Adelph. 2. 2. Fœneratum, eſt cum lucro redditum & multiplicatum.*

Recte. nam fœnus a fetu dicitur, & quaſi a fetura. Feſtus, verbo, *fenus*, *Fenus appellatur*

latur naturalis terræ fetus ob quam cauſam & nummorum fetus fenus eſt vocatum, & de ea re leges fenebres. fenus & feneratores, & lex de credita pecunia fenebris a fetu dicta, quod crediti nummi alios pariant, ut apud Græcos eadem res τόκος dicitur. fenum quoque pratorum ab hac cauſa eſt appellatum, quando id ipſum manens quotannis novum parit. unde etiam feſtuca vocata eſt. Idem fere A. Gellius, *lib.* 16. *Noct. Attic. c.* 12. verba Gellii. *Fenerator enim, uti M. Varro in libro tertio de ſermone Latino ſcripſit, a fenore eſt nomiuatus. fenus autem dictum a fetu & quaſi a fetura quadam pecuniæ parientis atque increſcentis. idcirco & M. Catonem & ceteros ætatis ejus feneratorem ſine a litera pronuntiaſſe ait, ſicuti fetus ipſe & fecunditas appellata.* Nonius quoque *c.* 1. *pag.* 513. *Fenus* (inquit) *ab eo dictum eſt, quod pecuniam pariat increſcenti tempore, quaſi fetus aut fetura. Nam & Græcis τόκος dicitur ἀπὸ τοῦ τίκτειν, quod eſt parere.* Varro lib. 3. de Latino ſerm. *Fenus autem dictum eſt a fetu & quaſi fetura quadam pecuniæ. Nam & Catonem & cæteros antiquiores ſine o litera fenus pronunciaſſe contendit, ut fetus & fecunditas.* Sic Veteres ſentiunt.

At Salmaſio, *De uſuris c.* 2. ſedet, fœnus non ſortis partum ſignificare; ſed ſortem quæ parit: deduci enim a ποινὴ, ſive ποῖνος, quæ ſit merces vel pretium, vel pœna: & idcirco ſic proprie appellari pecuniam creditam ea conditione, ut pro ejus uſu ſolveretur aliquid mercedis nomine: etiam pecuniam aliquando ita mutuam dari; ut ſi intra præſtitutum tempus non eſſet reddita, pro moræ pœna incrementum penderetur. Vult igitur Salmaſius, fœnus non uſuram, ſed ſortem, indigitare; ac dici, quaſi *foinos*, unde factum *foenor foenoris*, & poſtremo *foenus foenoris*. Sed non placet Salmaſii ſententia. nam ut ei detur, fœnus dici a ποινῇ; tamen quid eſt, cur fœnus magis ſortem notet, quam uſuram quæ eſt merces pro uſu pecuniæ, id eſt, ποινή. ſed nec cauſam habet Salmaſius, cur a Veteribus de verbi origine diſſentiat. probabiliter illi *fenus* a *fetu* deduxere, vel, quod Voſſius ſuſpicatur in *Etimologico*, ab antiquo & obſoleto verbo *feo:* unde & *fetus* ſit; & *fecundus*, & *fenum*, & *femen*, & *femina*. pariter ut a φάω eſt φῶ quod poſtea factum ſit *for*, *fari*: unde, ſimili productione, ſit *fatum*, & *facundus*, & *fanum*. facitque illi conjecturæ, quod Cato & cæteri antiquiores ſcriptores illa, *fetus*, *fenus*, *fecunditas*, non, ut poſteriores, per diphtongum, ſed ſimplici litera *e* ſcripſerunt: ut ex Gellio & Nonio ſupra dictum. unde conſequens eſt; ut, ſi verbi origo, & proprietas, quæratur, fenus non ſit pecunia pariens; ſed partus ex pecunia natus; etſi obtinuerit ſermonis uſu, ut etiam pro pecunia fenebri acciperetur.

Utrumque indicat Nonius his verbis. *Mutuum a fœnore hoc diſtat; quod mutuum ſine uſuris ſumitur, & eſt accepti fœtus. unde & fœnus dictum eſt, ut Græce τόκος, quaſi partus mutui ſumpti. Plaut. Aſinar.* Nam ſi mutuo non potero, certum eſt, ſumam fœnore. *Unde honeſtius mutuum eſt, quod ſub amico affectu fiat, tamen uſu temporis neceſſarii fænore ſumere decet.* Sic Nonius. ſed corrupte; ut vult Salmaſius, *De uſuris c.* 2. *pag.* 29. ſic ſcribens.

> *Et recte Nonius cujus verba jam ſupra retulimus*, mutuum a fœnore hoc diſtat, quod mutuum ſine uſuris, fœnus cum uſuris ſumitur. *Si foenus ſumitur cum uſuris, ab uſurà differt. Quis enim dicat, uſuram cum uſura ſumi? Quæ ſubjicit, non videntur convenire:* Et eſt accepti fœtus. unde & fœtus dictum, ut Græce τόκος quaſi partus mutui ſumpti. *Sed ita intelligendum, ut de uſuris hoc dixerit, quæ ſunt accepti foenoris foetus, unde foenus dictum eſt. Et ſic omnino ſcribendum:* fœnus cum uſuris ſumitur, & ſunt accepti fœtus, unde fœnus. *Et foenus cum uſuris ſumitur, & uſuræ illæ ſunt accepti foenoris foetus, unde & foenus appellatum. idem tamen ſenſus ex vulgata exoritur, ſi referatur πρὸς τὸ σημαινόμενον, quaſi præceſſerit uſura.*

Sic Salmaſius; & hinc concludit, fœnus eſſe quod pecuniam parit, id eſt, uſuras. Sed errat Salmaſius. duo enim ſignificat Nonius: primum, *mutuum* eſſe pecuniam, ſive ſortem, ab amico ſine uſuris creditam; *foenus* vero eſſe pecuniam, ſive ſortem, a qualicumque alio creditam ſub uſuris: & utrumque probat teſtimonio Plauti: cui adde ſis Modeſtinum *l.* 33. *D. de rebus creditis.* nam is eodem ſenſu ait, *Principalibus conſtitutionibus caveri, Ne hi qui provinciam regunt, negotientur, mutuamve pecuniam dent, foenuſve exerceant.* Etiam Imppp. Arcad. Honor. & Theodoſ. *l.* 6. *Cod. Theod. de denunt. vel edit. reſc. lib.* 2. *tit.* 4. verba ſunt, *Si quis debiti vel quod ex foenore vel mutuo data pecunia ſumpſit exordium, vel ex alio quolibet titulo in literarum obligationem facta cautione tranſlatum eſt. &c.* deinde vult Nonius, *foenus* non modo pro ſorte ipſa accipi, ſed etiam pro uſuris, ex ſorte promiſſis. id enim indigitant hæc, *Et eſt accepti foetus. unde & foenus dictum eſt, ut Græce τόκος, quaſi partus mutui ſumpti.* Conjeci aliquando, *Eſt & accepti foetus.* ſed nulla opus emendatione, neque Salmaſii, neque mea. ſenſus enim, non eſſe mirum, fœnus cum uſuris ſumi; cum proprie ſit fœtus accepti, hoc eſt ejus quod acceptum eſt; ab eoque fœtu fœnus dicatur. atque ita eſt, ut Nonius dicit, fœnus recte ſumitur, pro ipſa ſorte uſuraria. idque multis probat Salmaſius. cui addo Ambroſium, *De Tobia c.* 12. verba ejus. *Quanta ſibi fecerunt vocabula? Nummus datur & foenus appellatur: ſors dicitur, caput vocatur.* & alibi ſæpe. dicitur & fœnus pro uſuris ex ſorte debitis; ut Nonius ait. quod etſi neget Salmaſius; tamen apparet ex ante dictis; præterea *ex l.* 1. *Cod.*

Theod. de uſuris rei judicatæ. l. 24. D. de uſu & uſufructu legato. l. 42. §. 2. D. Soluto matrimonio. l. 58. §. 2. D. Ad Senatusconſultum Trebellianum. nec tantum apud noſtros; ſed apud Plautum quoque, *Moſtellar.* 3. 1. *Pſeudolo* 1. 3. Cornelium Nepotem, *vita Attici c.* 9. §. 3. alios: ut pridem animadvertit Deſiderius Heraldus, *Animadverſ. in Salmaſ. obſ. ad jus Attic. c.* 24. & præſertim Vir Inclytus & Doctus, Johannes Fredericus Gronovius, *Mantiſſa pecuniæ veteris c.* 1.

Dixi quæ in foro Romano propria & vera ſit uſuræ ac fœnoris ſignificatio. porro addam, quod ea obtinuit, donec ibi uſuræ in bonæ fidei judiciis cœperunt ex mora deberi officio Judicis. inde enim placuit, fœnus dici, quoties ex conventione debetur; uſuram vero, ſive ex ea, ſive officio judicis, præſtetur *l. 1. §. 3. D. de pignoribus. l. 24. D. de præſcriptis verbis. l. 8. D. de eo quod certo loco. l. 24. D. & l. 4. C. Depoſiti vel contra.* fœnus autem, ſi ex mora officio Judicis debeatur, numquam dici.

Atque illa, opinor, ratio eſt, cur Titulus in Codice & in Pandectis ſit, *De nautico fœnore* magis, quam *De nauticis uſuris.* nam uſuræ nauticæ, ſeu maritimæ, (ſic appellantur *l. 6. & 7. D. de nautico fœnore*) numquam officio Judicis debentur; ſed ſemper ex conventione. Hæc mea ratio. alia utitur Salmaſius, *De uſuris c. 2. pag.* 24. quam veriſſimam vocat. ea ratio eſt, quod in communi mutuo uſuræ currunt ſucceſſive; & pro rata temporis ſolvuntur ſeorſim ab ipſa ſorte: cum in trajectitia pecunia fiat conventio de ſorte ſimul cum uſuris ſolvenda in exitu navigationis.

CAPUT IV.

In uſuræ aut fœnoris uſu qui quidem verus ſit, nihil eſſe quod a viro bono & ſapiente improbetur. Contraria Catonis, Ariſtotelis, Senecæ, Lactantii, Ambroſii, Auguſtini, Chryſoſtomi, & Auctorum, Interpretumque, Juris Canonici, ſententia.

Sed qualecumque ſit uſuræ genus, receptum eſt Civili jure. An recte? cenſeo. nam ſi ſpectes uſum verum, quid eſt quod a ſapiente caſtigetur homine? fere enim agit, ut inæqualitas quam parit alienæ perceptio utilitatis, ſortis incremento emendetur. quod cum dominiorum diſtinctioni quam humanæ ratio ſocietatis pro communi utilitate invenit, æque conſequens ſit, atque emere, vendere, locare, conducere, permutare, veriſſime Marcianus *l. 15. D. de interdictis & relegatis*, juri Gentium æque fœnus, atque emptionem, venditionem, locationem, conductionem, & rerum permutationem, annumerat. Ac mirari quis poſſit hanc M. Catonis ſententiam, *De re ruſtica. Eſt interdum præſtare mercaturis rem quærere, ni tam periculoſum fiet, & item fœnerari, ſi tam honeſtum. Majores enim noſtri ſic habuerunt, & ita in legibus poſiverunt, furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli. Quanto pejorem civem exſtimaverint fœneratorem, quam furem, hinc licet exiſtimare.* Niſi appareret, eum loqui de fœnore quod contra leges exigeretur. pœna enim quadrupli cujus mentionem facit, non in omnibus obtinuit fœneratoribus, ſed in his qui pecunias ſub gravioribus uſuris, quam pro conſuetudine, fœnerabantur: ut infra oſtendetur ex Aſconio Pediano, *in Divin. p.* 27. Tamen & Ariſtoteles uſuras damnat *lib. 1. De republica c. x. p. 409. tom.* 3. ſic diſſerens. *Illa autem quæ in permutatione nummi conſiſtit, merito vituperetur (non enim naturæ conſentanea eſt, ſed in ea alter ab altero lucrum aucupatur) optima ratione omn*[illegible] *ratio fœneratrix, quod ab i*[illegible] *fiat, & non ad quam rem paratus eſt, uſurpent. Permutationis enim gratia natus eſt. Fœnus autem eum auget & multiplicat. Unde etiam nomen hoc invenit. Similia enim ſunt ea quæ pariuntur iis quæ gignunt & procreant. In fœnore autem pecunia pecuniæ partus ac fœtus eſt. Quapropter maxime omnium quærendæ pecuniæ rationum abhorret hæc a natura.* Etiam Seneca in uſuras invehitur *lib. 7. De beneficiis c.* 10. his verbis, *Video iſtic diplomata, & ſyngraphas, & cautiones, vacua habendi ſimulachra, umbras quaſdam avaritiæ laborantis, per quas decipiant animum, inanium opinione gaudentem. Quid enim iſta ſunt? quid fœnus, & Kalendarium, & uſura, niſi humanæ cupiditatis extra naturam quæſita nomina? Poſſum de rerum natura queri, quod aurum argentumque non interius abſconderit, quod non illis majus, quam quod detrahi poſſet, pondus injecerit. Quid ſunt iſtæ tabulæ, quid computationes, & venale tempus, & ſanguinolentæ centeſimæ? voluntaria mala ex conſtitutione noſtra pendentia, in quibus nihil eſt, quod ſubjici oculis, quod teneri manu poſſit, inanis avaritiæ ſomnia.* Mitto Chriſtianos ſcriptores. ex quibus Lactantius *lib. 6. Divin. Inſt. c.* 18. virum juſtum ita definit, *Pecuniæ, ſi quam crediderit, non accipiet uſuram: ut & beneficium ſit incolume quod ſuccurrat neceſſitati, & abſtineat ſe prorſus alieno. in hoc enim genere officii debet ſuo eſſe contentus, quem oporteat alias ne proprio quidem parcere, ut bonum faciat. plus autem accipere, quam dederit, injuſtum eſt. Quod qui facit, inſidiatur quodammodo, ut ex alterius neceſſitate prædetur. at juſtus nunquam prætermittet, quo minus aliquid miſericorditer faciat, nec inquinabit ſe hujuſmodi quæſtu: ſed efficiet,*

ut

ut ſine ullo damno id ipſum quod commodat, inter bona opera numeretur. Aeque ſevere, quamquam brevius, Ambroſius, *De bono mortis c.* 12. qui locus apud Gratianum *c.* 14. *q.* 4. *cap.* 10. hæc exſtat forma, *Si quis uſuram acceperit, rapinam facit, vita non vivit.* Sic illi, uſuram prædæ, ac rapinæ, comparantes. Qui poſſunt? quippe cum uſura a volente ſolvatur ex pacto convento. Sed contra Ambroſius, *De Tobia c.* 3. verba Ambroſii. *Talia ſunt veſtra, divites! beneficia. Minus datis, & plus exigitis. Talis humanitas, ut ſpolietis etiam dum ſubvenitis. Fœcundus vobis etiam pauper eſt ad quæſtum. Uſurarius eſt egenus, cogentibus vobis, habet quod reddat: quod impendat, non habet.* Ait, quod *impendat*, id eſt, pro uſuris ſolvat. *Impendium* enim *uſura.* vid. Varron. *lib.* 4. *De lingua Latina*, & Cujac. *lib.* 10. *Obſ. c.* 36. Sic Ambroſius. Nec aliter, Chryſoſtomus *in cap. Matthæi* 17. *Homil.* 56. *Noli mihi dicere, quæſo, quia gaudet & gratiam habet, quod ſibi fœnore pecuniam colloces: id enim crudelitate tua coactus fecit. Nam & Abraham cum uxorem barbaris traderet, ipſe modum invenit, quo facilius uxor ſuſciperetur. Non libenter autem, ſed timore Pharaonis impulſus. ſic & pauper, poſtquam ea re tu dignum non putas, cogitur crudelitati gratias agere. Tu autem mihi videris, ſi a periculis hominem vindicares, mercedem ab eo flagitare, quoniam liberaſti.* Impia igitur & abominanda uſura; quia creditor plus quam debitori dedit, ab eo accipit, non tam volente, quam neceſſitate coacto, pro officio quod ei ſponte præſtare debebat, jubente non modo humanitate, ſed & ratione mutui quod natura gratuitum ſit. atque hoc ſi eſt; videtur uſura eſſe ars nequitiæ, ſicut latrocinium, effractio, lenocinium, incantatio. Auctor Auguſtinus *in Pſalmum* 128. *edit. Pariſ. tom.* 8. *pag.* 615. Verba Auguſtini. *Audent etiam fœneratores dicere: Non habeo aliud unde vivam. Hoc mihi & latro diceret, deprehenſus in fauce: hoc & effractor diceret, deprehenſus circa parietem alienum: hoc mihi & leno diceret, emens puellas ad proſtitutionem: hoc & maleficus, incantans mala, & vendens malitiam ſuam. Quidquid tale prohibere conaremur, reſponderent omnes, quia non haberent, unde viverent, quia inde ſe paſcerent: quaſi non hoc ipſum in illis maxime puniendum eſt, quia artem nequitiæ delegerunt, unde vitam tranſigant, & inde ſe volunt paſcere, unde offendant eum a quo omnes paſcuntur.* Sic Auguſtinus. adde, auctor incertus, ſive is ſit Chryſoſtomus, ſive alius, in Matthæum cap. 21. Homil. 38. tom. 1. oper. Chryſoſtomi pag. 907. *Qui autem comparat rem, ut illam ipſam integram & immutatam dando lucretur, ille eſt mercator, qui de templo Dei ejicitur. unde ſuper omnes mercatores plus maledictus eſt uſurarius. Si enim qui rem comparatam vendit, mercator eſt, & maledictus: quanto magis maledictus erit, qui non comparatam pecuniam, ſed a Deo donatam ſibi, dat ad uſuram? Secundo, quia mercator dat rem, ut jam illam non repetat: iſte autem poſtquam fœneraverit, & ſua iterum repetit, & aliena tollit cum ſuis.* Nec tantum privati homines ab uſuris abhorruere; ſed Nicæna quoque Synodus: quamquam non in omnibus eas improbat; ſed in Clericis. nam de his loquitur *c. quoniam cauſ.* 14. *quæſt.* 4. Verba Canonis, ſi quis recenſere velit, appoſui. ea verba ſunt, *Quoniam multi clerici, avaritiæ cauſa turpia lucra ſectantes, obliti ſunt divini præcepti, quo dictum eſt: [Qui pecuniam ſuam non dedit ad uſuram] fœnerantes, centeſimas exigunt; ſtatuit hoc ſanctum concilium, ut ſi quis inventus fuerit poſt hanc definitionem uſuras accipere, vel ex quolibet tali negotio turpia lucra ſectari, vel etiam ſpecies frumentorum ad ſeſcuplum dare, omnis qui tale aliquid conatus fuerit ad quæſtum, dejiciatur a clero, & alienus ab eccleſiaſtico habeatur gradu.* Conſtitutio Synodi non generaliter & in rem loquitur: ſed ſpecialiter de Clericis: atque his ubi numeratæ quidem pecuniæ centeſimas, frugum vero ſeſcuplas, prohibet; uſuras vetare, exiſtimanda eſt. nam hunc modum uſuris utroque in genere (in utroque autem fere uſuras præſtari, ſupra dixi) tantum quod definierat Imp. Conſtantinus *l.* 1. *Cod. Theod. de uſuris:* quæ eſt ejuſdem anni qui ejus Synodi fuit. quod bene obſervavit Vir Doctiſſimus, Jacobus Gothofredus. Longius perrexit Imp. Baſilius, auctore ejus filio, Leone Philoſopho, *Novella ejus* 83. exſtatque Conſtitutio apud Harmenopulum, *Promptuar. lib.* 3. *tit.* 7. quamquam is filio adſcribit. verba hæc ſunt, *Etſi majorum noſtrorum pleriſque viſum eſt tolerandam eſſe uſurarum ſolutionem, forte propter creditorum moleſtias & incommoda, nos tamen ut noſtra Chriſtiana republica plane indignam, averſandam & execrandam cenſuimus, tanquam jure divino interdictam. ideoque noſtra vetat ſerenitas, ne cuiquam omnino in ullo negotio liceat uſuras accipere, ut ne dum juri ſervando ſtudioſius addicti ſumus, legem Dei violemus: ſed & ſi quis vel tantillum ceperit, ſorti imputator.* Poſterioribus quoque Pontificibus placuit, uſuras omnibus prohibere, quaſi deteſtabiles jure utriuſque fœderis, & veteris & novi *tot. tit.* X. *de uſuris.* addiderunt & pœnas, eaſque graviſſimas, ſi quis contra feciſſe diceretur. voluit enim in concilio Lateranenſi Alexander III, ne uſurarii manifeſti ad communionem altaris admittantur, nec Chriſtianam, ſi in hoc peccato deceſſerint, ſepulturam accipiant, neve quis eorum oblationes accipiat: fere quomodo Cicero *lib.* 2. *De legibus* opinatur; *Donis impii ne placare audeant Deos: Platonem audiant, qui vetat dubitari, qua ſit mente futurus Deus, cum vir nemo bonus ab improbo ſe donari velit.* Sed ut hoc agamus, præterea voluit Alexander, eum qui a fœneratore oblationes acceperit, vel eum Chriſtianæ tradiderit ſepulturæ, & quæ acceperit, reddere; &, donec ad arbitrium Epiſcopi ſui ſatiſfaciat, ab offi-

officii ſui manere executione ſuſpenſum *c. quia in omnibus X. eod. tit.* Sed & Gregorius Decimus juſſit, ne quis manifeſtorum uſurariorum teſtamentis interſit: aut eos ad confeſſiones admittat, ſive ipſos abſolvat; niſi de uſuris ſatisfecerint, vel de ſatisfactione pro ſuarum viribus facultatum idoneam præſtent cautionem: teſtamenta quoque manifeſtorum uſurariorum aliter facta non valere, ſed eſſe irrita ipſo jure *c. quamquam in Sexto eod. tit.* Ad hæc decrevit Clemens v. de ſententia Concilii Vienenſis *c. unic. Clementin. eod. tit.* eum qui pertinaciter affirmare præſumat, uſuras exercere non eſſe peccatum, velut hæreticum puniendum eſſe. Inde increbuit ſententia exiſtimantium, uſuras ad peccatum accedere, damnarique jure, cum divino, tum naturali, nec Summi Pontificis indulgentia probari poſſe. in qua ſententia, ne alios adferam, eſt Andreas Alciatus *lib. 6. Parerg. c. 20.* etiam Didacus Couvarruvias *lib. 3. Var. reſolut. c. 1. n. 5. & 8.* & addit, hoc frequentiſſimo omnium conſenſu annotatum eſſe *in c. ſuper eo. de uſuris.* idemque eſſe in Principe ſeculari, & in quacumque conſuetudine, utcumque immemoriali. eique ſententiæ ſe quoque adſcribunt Ludovicus Molina, *De juſtitia & jure, tom. 2. de contractibus diſp. 304. n. 19.* Franciſcus Hotmanus, *Diſp. De fœnore c. 1. & c. 3.* Antonius Faber, *De erroribus Pragmaticorum par. 1. decad. 10. error. 1. n. 1.* & nuper vir doctus, quiſquis eſt, nomen enim ſuum non edidit, qui Gallico ſermone ſcripſit *Les loix civiles dans leur ordre naturel, livr. 1. titr. 6. pag. 271. & ſeqq. tom. 1.*

CAPUT V.

Summam eſſe rationem uſuræ quæ ex mora præſtatur, ſive ad damni reparationem, ſive pro pœna. eam uſuram, libera republica, ſine ſtipulatione non fuiſſe debitam, ne in bonæ quidem fidei judiciis. mutata republica, Labeonem aliquid tentaſſe in ſocietate, non directo, ſed ſub colore ejus quod intereſt: Deinde Principes uſuras ex mora Judicis officio permiſiſſe in omnibus bonæ fidei judiciis. verus Pomponii ſenſus l. 60. D. Pro ſocio, ab aliis nondum animadverſus.

Quam recte, fuerit tanti, paulo diligentius inquiſiviſſe. ſi enim tam flagitioſa res eſt ſive fœnus ſive uſura, ſi exſecratione digna tam dira, quam tot inſignes & præclari homines a tot retro ſeculis publice privatimque præ ſe tulerunt, & adhuc præ ſe ferunt: profecto abhorrere ab ea debet quisquis non dicam modeſtiam, ſed ſe amat. ſin licita eſt Gentium jure, neque Divina conſtitutione vetita: cui rei fuerit, turpem atque improbam habere rem, ad communem uſum inventam; & qua hominum commercium, pace & bello, in maximis, minimis, carere non poſſit, ea hominibus interdicere? erit igitur res tanti momenti qua nulla eſt majoris, pleniore digna examine.

Faciam autem initium a bonæ fidei judiciis in quibus uſuram ex mora præſtari officio Judicis, infra oſtendam: eſtque ſpecies elegans apud Pomponium *l. 60. D. Pro ſocio*, quam interpretari conſtitui: quia rationem habet ſane difficilem, &, quantum ſcio, nondum expeditam. verba Pomponii ſunt *ex lib. 13. ad Sabinum. Socium qui in eo quod ex ſocietate lucri faceret reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipſe uſus ſit, uſuras quoque [eum] præſtare debere Labeo ait: ſed non quaſi uſuras, ſed quod ſocii interſit, moram eum non adhibuiſſe, ſed ſi aut uſus ea pecunia non ſit, aut moram non fecerit, contra eſſe. item poſt mortem ſocii nullam talem æſtimationem ex facto heredis faciendam; quia morte ſocii dirimatur ſocietas.* Ita fere omnes codices, etiam Florentinus: ſed legendum, *reddendo moram adhibuit, aut cum ea.* quod veriſſime conjecit Jacobus Cujacius *lib. 13. Obſervat. c. 15.* nam & poſt ait Pomponius, *ſed ſi aut uſus ea pecunia non ſit, aut moram non fecerit.* Species hæc eſt. contracta inter me & te eſt ſocietas: tu lucrum ex ea feciſti; in eoque conferendo moram commiſiſti; aut ea pecunia ipſe uſus es. ait Labeo, uſuras te præſtare debere. ſive enim in uſus tuos convertiſti lucrum; voluiſti tibi adquirere quod mihi noluiſti: ſive in reddendo moram adhibuiſti, poſtquam interpellatus es; mihi minus das, quam tibi, etſi utrique idem das; tantum quia mihi tardius, id eſt, tempore minus, das. neutrum vero patitur natura ſocietatis: quæ (ut Livius *lib. 8. cap. 4.* definit) *æquatio juris eſt.* Papiniano *fraternitas* dicitur *l. 63. D. Pro ſocio.* & optime Quintilianus *Declam. 320.* ait, *Sacra res eſt unitas & quædam fraternitas animorum. conſortes enim poteſt facere caſus: cæterum quidem, cum duo homines omnes fortunas ſuas contulerunt, omnes caſus miſcuerunt, unum quoddam factum eſt. quid eſt juſtius, quam compoſitum patrimonium habere conditionem unius ſocietatis? hoc enim eſt unitas. vides ergo & damna & lucra communia eſſe debere, & nihil non æquum eſſe utrique parti.* Igitur ſi quid lucri ex re communi ad te pervenerit; hoc mihi pro parte reddi, ſocietati, id eſt, fraternitati, convenit. quod ſi facis, bene eſt: ſi non facis, ſed ea pecunia ipſe uſus es, etſi non ex perſona moram committas, quia non es interpellatus, ipſa tamen

rer

res moram habet: & ideo Labeo te ad uſuras mihi teneri voluit; ſed non quaſi ad uſuras, ſed quod mea interſit: id eſt, non quaſi ad quæſtum quem intendam, & quo uſura cenſetur; ſed quaſi ad reſtitutionem utilitatis quam ex pecuniæ meæ uſu percepiſti. atque hoc ei non tantum in ſocietate placuit; ſed in omnibus quoque bonæ fidei judiciis: volente poſt dominiorum diſtinctionem bona fide, ne quis ex alieno lucrum ſentiat: extatque exemplum ejus generis certum ac clarum in actione pigneratitia, apud Pomponium *l.* 6. §. 1. *D. de pigneratitia actione.* Sed quid, ſi non ſis ea pecunia uſus; verum reddendo moram adhibuiſti, non ex re, ſed ex perſona; id eſt, quia interpellatus opportuno loco, non dediſti? de creditore ſilet Pomponius in pigneratitia actione *d. l.* 6. §. 1. ſed de te qui mihi ſocius es, quid dicemus? nihil enim lucri percepiſti, neque ea ex cauſa mihi teneris: ſed mihi tarditate tua damnum dediſti: atque, ut Seneca *epiſt.* 81. ait, *Sapiens inter ſe omnia comparabit, majus ei opus, aut minus ſit, quamvis idem ſit, tempore, loco, cauſa.* Igitur adhuc ſolves mihi uſuras; ſed (quod & hic tentavit Labeo, & ex eo Pomponius refert *d. l.* 60.) non quaſi uſuras; ſed quod mea interſit, moram te non adhibuiſſe: etſi in utraque ſpecie uſura dicitur; quia volebat Labeo, quod ſocii interſit, cenſeri modo uſuræ, ſuadente utilitate expediendarum rerum, tam difficili probatione ejus quod in pecunia re vera interſit. ſolves igitur uſuram etiam eo in caſu: ſed non quaſi uſuram; id eſt, non quaſi lucrum aut quæſtum: ſed quaſi id quod intereſt; denique non tuum, ſed meum. Sic in ſocietate. an in cæteris quoque bonæ fidei judiciis? forte dices: ſed non recte; ſi ad Labeonis & Pomponii reſpicias tempora quibus in ſocietate is color placuit ob jus fraternitatis quod inter ſocios eſt; ſed non in reliquis bonæ fidei judiciis: quamquam in his quoque ex mora receptæ ſunt uſuræ, officio judicis præſtandæ fructuum vice *l.* 34. *D. de uſuris:* at non diſputatione Labeonis, ſed Principum Conſtitutionibus, poſtea inſecutis: ut pluribus oſtendam *c.* VI. *libri* III. Interim fuerit argumentum, quod porro ait Pomponius *d. l.* 60. *Item poſt mortem ſocii nullam talem æſtimationem ex facto heredis faciendam: quia morte ſocii dirimatur ſocietas.* ſenſus enim eſt, quod jus moram officio Judicis æſtimandi ad modum uſurarum ex Labeonis ſententia quidem obtinet in actione pro ſocio; ſed non in aliis bonæ fidei judiciis. nam ut ipſe ſocius ſocio teneatur ad uſuras: tamen poſt mortem ſocii, ſi heres in reddendo moram committat, nulla talis æſtimatio ex ejus facto facienda eſt: id eſt, nulla ſocio uſura ex heredis mora adjudicanda eſt ſub imagine ejus quod intereſt. quæſo, quid ita? quia poſt ſocii mortem non eſt ſocietas: dirimitur enim morte. nec igitur, ſi quid deinde fiat a ſocii herede, actio pro ſocio locum habet; ſed communi dividundo: quia, poſt ſocietatem morte diremptam, adhuc rerum communio manſit; eaque non actione pro ſocio finitur, ſed actione communi dividundo *l.* 65. §. 13. *D. Pro ſocio:* quæ etſi æque bonæ fidei ſit, atque actio pro ſocio §. 28. *Inſt. de actionibus:* tamen quia non talem æſtimationem facit ex facto heredis, qualem actio pro ſocio ex facto ſocii: apparet, Labeonem quidem voluiſſe, ex mora uſuras præſtari in actione pro ſocio; ſed non in cæteris bonæ fidei judiciis. amplius apparet, quod hæc Pomponii verba, *poſt mortem ſocii nullam talem æſtimationem ex facto heredis faciendam*, referenda non ſunt ad utramque præcedentem ſpeciem; ſed tantum ad poſteriorem. quod etſi mirum videri poſſit: tamen res poſtulat; & ſæpe alibi fit.

Expoſui unum exemplum judicii bonæ fidei. ſi placet, addam aliud æque evidens. finge: fundum tibi tradidi ex cauſa emptionis, nec pretium a te accepi: rationis eſt, ſicut tu fundo frueris, ſic me pretio frui. hoc enim contractus æqualitati, id eſt, juri Gentium, conſequens eſt. proinde, ſi non ſolvas mihi pretium, poſtquam frueris accepto a me fundo, etſi interpellatus a me non ſis, neque ex perſona moram facias, ipſa tamen res moram habet: quia mihi damnum facis, interverſa pretii utilitate; & ideo te ejus uſuras præſtare, id eſt, damni æſtimationem, non infinitam, ſed ad modum uſurarum pretii, reficere, non iniquum eſt *l.* 13. §. 20. *D. de actionibus empti & venditi.* atque hoc Hermogenianus voluit *l. ult. D. de periculo & commodo rei venditæ;* cum ſic ſcribit, *Venditori ſi emptor in pretio ſolvendo moram fecerit, uſuras duntaxat præſtabit, non omne omnino quod venditor, mora non facta, conſequi potuit; veluti, ſi negotiator fuit, & pretio ſoluto ex mercibus plus, quam ex uſuris quærere potuit.* Nec alius videtur Pauli ſenſus *l.* 17. §. 3. *D. de uſuris:* qui agens de uſuris, in legatis & fideicommiſſis ex mora præſtandis, exemplo actionum bonæ fidei, ait, uſuras non propter lucrum petentium, ſed propter moram ſolventium, infligi.

Tantumdem dixerim de cæteris ſtricti juris judiciis, interveniente uſurarum ſtipulatione ex mora. fac: dedi tibi mutuam pecuniam: hanc ſtipulatus ſum mihi reddi certa die: & ſi non reddatur, tum quo poſt ſolvetur, in ſingulos menſes ſtipulatus ſum certam pœnam. non ſolviſti mihi ſua die: teneris mihi ad pœnam. non enim dedi tibi mutuam pecuniam mei quæſtus, ſed adjuvandi tui, cauſa. quam ſi reddas, etſi nihil addas, defungi potes: quippe fruitus, ut volui, beneficio meo. ſi non reddas: peccas. uteris enim mea pecunia, me invito: & quam ego facere potui utilitatem ex re mea, hanc mihi tardiore ſolutione intervertis. ita, cum ego beneficium dedi tibi, tu mihi injuriam refers pro gratia

igitur pœnam quam mihi ſtipulanti promiſiſti, ſolvere te, non iniquum eſt. ut enim par fuerit, me tibi beneficium dare, ſi poſſim ſine incommodo meo: me tamen invitum propter te mea carere pecunia, & interim damno aut incommodo affici, par non fuit. id autem futurum eſt, ſi mihi pecuniam qua debuiſti die, non reſtituas. recte igitur mihi ex ſtipulatu, ſi te ſpectes, ad pœnam teneris *l.* 40. *D. de rebus creditis:* ſi me, ad damni pretium. Atque hæc etiam ea in ſpecie liquent: quia in ea quoque proprie uſura aut fœnus non eſt: ſed pœna & id quod intereſt: atque ipſum uſura dicitur; quia finitur modo uſuræ, jure permiſſæ. nempe, ne mora a debitore commiſſa, opus ſit quæri, an & quanti interſit creditoris, eam factam non eſſe: ſimul, ne quid fiat in fraudem legis, creditorum avaritiam coërcentis *l.* 44. *D. de uſuris.* Ad has uſuras reſpicit Seneca *epiſt.* 81. ſequentibus verbis, *In hoc quoque falluntur ingrati, quod creditori quidem, præter ſortem, extra ordinem numerant: beneficiorum autem uſum eſſe gratuitum putant. Et illa creſcunt mora: tantoque plus ſolvendum eſt, quanto tardius. ingratus eſt, qui beneficium reddit ſine uſura. itaque hujus quoque rei habebitur ratio, cum conferentur accepta & expenſa.*

Caput VI.

Non eſſe cauſam, cur damnetur pecuniæ incrementum quod ad lucrum ſpectat, & proprie uſura *aut* fœnus *appellatur. creditorem in* fœnore *utilitati ſuæ ſtudere ſine debitoris injuria; & hoc ei naturaliter licere.* fœnus *humanæ conjunctioni non adverſari, ſed convenire. neceſſariis ex officio dari quæ non utique dentur quibus nulla tenearis neceſſitudine. & cur? in pecunia & frugibus credendis duplicem fieri conventionem: unam quæ* beneficio *proxima ſit: alteram quæ* utilitatum permutatione *conſtet: neutram a jure Gentium abhorrere.* mutuum commodato, fœnus locationi conductioni, *comparari.*

Sed quid, ſi fœnus ſit? ecce: dedi tibi mutuam pecuniam; hanc mihi reddi ſtipulatus ſum; ſimul uſuras ex die conventionis. an licitæ ſunt uſuræ Gentium jure? abſit, inquies, ut probem lucrum turpe & flagitioſum: debeo enim, ſi velim juſtus eſſe, meo eſſe contentus: nec a te petere quod tibi non dederim: alioquin inſidiabor quodammodo, ut ex tua præder neceſſitate; quem æque ac me curare communi humanitatis jure debeam. Si tamen lucrum ex mea facias pecunia; etiam ab initio te uſuras præſtare, a ratione cur alienum ſit? tam enim me mihi, quam te tibi, natura commendat. atque ut tibi concedit, tuæ ſtudere utilitati, ſi poſſis, ſine injuria mea: ſic nil iniquum arbitratur, ſi ego utilitati meæ ſerviam ſine injuria tua *l.* 1. §. 11. *D. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ actione.* id autem futurum eſt, ſi mea pecunia ſub uſuris utaris: quippe conſecutus ea, ut facias lucrum quod ſine ea non potuiſti facere: ego vero ſi uſuras accipiam pro uſu meæ pecuniæ, nihil aliud acceperim, quam quod ad penſandum ejus uſum reſpiciat. non igitur ego, ſi uſuras accipiam, fuero injuſtus: quia non quod tuum ſit, accipio; ſed quod meum. accipio enim pretium uſus, tibi a me conceſſi. at tu ſi voles, mea pecunia ad tuam uti utilitatem, me autem nullum viciſſim commodum accipere pro uſu, injuſtus eris: mihi tibique æquale jus eſſe non ſinens. urgent hoc fœneratores: & recte; etſi Hieronymus reprehendat, *in Ezechielem lib.* 6. *c.* 18. cum *Solent argumentari ac dicere: dedi unum modium qui ſatus facit decem modios: nonne juſtum eſt, ut medium modium de meo plus accipiam, cum ille mea liberalitate novem & ſemis de meo habeat.*

At rationis eſt, ut quiſque alium æque, ac ſe, & amet & curet. optime. id enim humanæ ſocietati & juri Gentium conſequens eſt. ſed non minus te ad curam mei obligat, quam me ad amorem tui: non autem huc pertinet, ut aut tu me utilitate mea eo prætextu ſpolies, aut ego te: ſed ut tu mihi, cum poſſis, æque utilis ſis, atque ego tibi ſim. quod ſi me tibi prodeſſe velis, & tamen hanc vicem neges mihi; te quidem a me, ſed non me a te, amari & curari poſtulas. quod non eſt viri boni, & humanitatem quam præfert, ſectantis: ſed mali, & ea ſpecie ad nequitiam, id eſt, ad rapinam atque avaritiam, abutentis. igitur ſi indigeas mea pecunia, quia opprimit te, ut fit, temporaria inopia: tenebor quidem ejus uſu, ſi poſſim, neceſſitati tuæ ſuccurrere: ſed non gratis, ſi non aliud ſit quod me impellat; ſed mercede. ſicut ſi opera mea vel domo vel ſimili indigeas: vult quidem humanæ ratio conjunctionis, ut te juvem: ſed non ut hoc gratis faciam; ſi non aliud ſit, quod me moveat; ſed mercede. æque enim adjuvo te qui potes mihi hanc vicem præbere; cum te, interveniente mercede, juvo, ac cum gratis: & quamquam humani generis ſocietas deſiderat: ut, cum poſſim, adjuvem te indigentem ope mea: non tamen poſtulat, ut id gratis faciam: quia vult, utrumque noſtrum quod poteſt, ad commune bonum conferre: me igitur uſum ſortis meæ; te vero uſuram, id eſt, uſus pretium.

Nec tamen ignoro, eſſe quæ amicis aut affini-

ſinibus aut neceſſariis præſtentur ſine mercede. imo memini, Varronem *lib.* 4. *De lingua Latina* pag. 29. ſic ſcribere; *Mutuum quod Siculi* μοῖτον. *ita ſcribit Sophron.* μοῖτον ἀνατίθημον, *& Munus, quod mutuo animo qui ſunt, dant officii cauſa.* Sed cum de uſuris, id eſt, de lucro ac mercede, diſputatur; non officium quæſtioni eſt, ſed jus Gentium. at quæ affinibus aut neceſſariis indulgentur, movente affectu, & patiente fortuna, hæc non jus Gentium imperat; ſed officium. nec igitur omnibus præſtanda ſunt, etiam ignotis, aut quibus nulla tenearis vel ſanguinis, vel meritorum, neceſſitudine.

Nam officium non eſt omnium quos jus Gentium tenet; ſed *filii, uxoris, & earum perſonarum quas neceſſitudo ſuſcitat, & ferre opem jubet:* auctore Seneca *lib.* 3. *De beneficiis cap.* 18. Inde apud Feſtum, *Neceſſarii ſunt, ut Gallus Aelius ait, qui aut cognati, aut adfines ſunt, in quos neceſſaria officia conferuntur præter cæteros.* Sed & Cornelius Fronto ſcribit, *Neceſſitudo vel ſanguinis, vel meritorum, cum præceptoribus, cum amicis.* Beneficium latius patet. Senecam audi *d. loc.* ait, *Beneficium eſt quod alienus det: alienus eſt, qui potuit ſine reprehenſione ceſſare.* idque in donis probat Marcianus *l.* 214. *D. de verborum ſignificatione.* Et bene Concilium Mediomatricis *c. precariæ. c.* 10. *q.* 2. *Cum ratio & uſus obtineat, neminem cui non vult, contra utilitatem & rationem cogi de proprio facere beneficium.* Adeo officium muneri comparatur: beneficium voluntatis eſt. illud certis debetur perſonis: hoc nulli; etſi omnibus dari poſſit, niſi reclamat humanæ conditio tenuitatis: qua fit, ut infinita illa humanitas quæ præſertim pecuniæ præſtetur uſu, etſi hominibus ineptis ſit laudabilis, tamen a rerum peritis magis ſperari, quam obtineri, poſſit: ac ſi exerceatur, forte illis magni, his ſtulti, res animi ſit; ſed non hujuſmodi, ut eum qui extraneis mercede præbet pecuniæ uſum, ob id damnet, quaſi inhumanum. quotus enim quiſque eſt qui id in tanta hominum copia gratis facere velit; ac ſi velit, poſſit, ſalva re familiari? quam ſapientem, & ſuæ memorem mediocritatis, tueri oportet, non modo non improbante, ſed impellente, natura; etſi ſocietatis ſtudioſa, tamen ſui curæ, ſaltem non ſordidæ, nec immodeſtæ, non adverſa. non enim nos natura, ſi verum amamus, voluit ideo conjunctionis eſſe appetentes; ut aliis conſulentes, ipſos nos negligeremus; ſed ut mutua opum bonorumque permutatione ſuis quiſque commodis plenius meliuſque conſuleret. & hoc Seneca vult *lib.* 2. *De beneficiis c.* 15. cum ait. *Cum ſumma amicitiæ ſit, amicum ſibi æquare; utrique ſimul conſulendum eſt. dabo egenti: ſed ut ipſe non egeam. ſuccurram perituro: ut ipſe non peream.*

Sit igitur ut de aliarum rerum, ſic de pecuniæ frugumque, uſu duplex conventio: una quæ ad beneficium accedat: altera quæ ab hoc remota ſit, & magis utilitatum permutationem ſequatur. ſi illa uti licet, movente officio atque affectu; iſta opus non eſt. ſin illa nequeas uti, ceſſante neceſſitudine; ad hanc deveniri neceſſe eſt. altera alicujus laudem liberalitatis habet: altera reprehenſione caret: quia probabilis induſtriæ eſt; & quæ cæterorum contractuum exemplo ad communem hominum utilitatem jure Gentium referatur *l.* 15. *D. de interdictis & relegatis.*

Rem claram & certam certiorem & clariorem faciet comparatio uſus pecuniæ frugumque cum uſu ædium aut fundi. ſicut enim horum uſus aut gratis aut mercede datur; & altero caſu commodatum, altero locatio, appellatur §. 2. *Inſt. Quibus modis re contrahitur obligatio:* ſic quo minus pecuniæ aut frugum uſus gratis aut mercede detur, nihil impedit. nam ſi gratis datur, mutuum, ſin mercede conceditur, fœnus vocatur: neque ob id iniquum eſt: ſed formam mutat, & alius contractus ſit, æque juſtus. utrumque obſervat Nonius, verbis ſequentibus. *Mutuum a foenore hoc diſtat, quod mutuum ſine uſuris: foenus cum uſuris ſumitur, & eſt accepti foetus. unde & foenus dictum eſt, ut Græce* τόκος, *quaſi partus mutui ſumpti.* Plaut. *Aſinar.* Nam ſi mutuo non potero, certum eſt, ſumam fœnore. *Unde honeſtius mutuum eſt, quod ſub amico affectu fiat, tamen uſu temporis neceſſarii foenore ſumere decet.* Ita eo devenitur, ut mutuum inſtar commodati, fœnus inſtar locationis, obtineat. unde & Veteres pecuniam, cum fœnori datur, & accipitur, locari ac conduci dixerunt. Plautum audi, *Moſtellar.* 3. 1.

Sceleſtiorem ego annum argento foenori
Nunquam ullum vidi, quam hic mihi annus obtigit.
A mane ad noctem uſque in foro dego diem,
Locare argenti nemini nummum queo.

Horatium quoque, *lib.* 1. *Sermon. ſat.* 2. *verſ.* 9.

Omnia conductis coëmens opſonia nummis.

Inde Pomponius, *Piſtoribus*, apud Nonium *in verb. occupatus*, uſuram appellat *mercedem*: quo ſenſu etiam Horatius utitur, *ead. ſat. verſ.* 14.

Quinas hic capiti mercedes exſecat.

& *ſat.* 3.

Odiſti & fugis, ut Druſonem debitor æris.
Qui niſi cum triſtes miſero venere Kalendæ,
Mercedem aut nummos unde unde extricat.

Perſius quoque, *ſat.* 6. *verſ.* 67.

Foenoris accedat merces. hinc exime ſumptus.

Eſt igitur, ut dixi, fœnus, ſi jus Gentium, atque adeo rerum ſimplicitatem ſpectes, inſtar locationis: quamquam, ſi fori Romani uſum ac ſubtilitatem, ſive, ut Seneca ait, *De benefic. lib.* 6. *c.* 5., Juriſconſultorum acutas ineptias, conſideres, non eſt locatio. ſed non quia naturalis ratio ei reſiſtit; ſed quia hi qui civilia negotia illo in foro terminarunt, locationem intra uſum corporum coarctarunt, nondum intellecta utilitate locatæ

& conductæ pecuniæ. ea inventa, deinde eundum fuit, non quo rerum ſimplicitas duceret; ſed quo iri pateretur Juris anguſtia. At ſicut fœnus civili Jure non eſt locatio: ſic nec mutuum eſt. nam ut commodatum mercedem reſpuit, ſic mutuum.

Hæc quo pertinent? ut liqueat, mutuum quidem commodatum, fœnus vero locationem, imitari; atque ut amicis noſtris aut neceſſariis, ſi velimus, commodare aut mutuari, id eſt, gratuitum cujuſcumque corporis, aut pecuniæ, frugumve, uſum concedere omni jure poſſumus: ſic extraneis quibus nulla ſimus devincti neceſſitudine, ſi pecuniæ uſum demus ſub uſuris, nihil eſſe quod cum ratione culpetur: quia etſi mutuum non ſit, reſiſtente ejus natura, tamen fœnus eſt: ſicut, cum ædium uſum do, non gratis, ſed mercede, non quidem commodatum eſt, quia repugnat contractus natura; ſed locatio conductio §. 2. *Inſt. Quibus modis re contrahitur obligatio:* & cum amici negotium gratis gerendum ſuſcipio ex officio amicitiæ, mandatum eſt: ſin interveniente mercede; non quidem mandatum eſt; (contraria eſt enim officio merces) ſed res in aliam formam negotii tranſit, & fere locatio ac conductio appellatur §. *ult.*. *Inſt. de mandato*, *l.* 1. §. *ult. D. Mandati vel contra.* quæ cum omni jure probetur: quid eſt, cur fœnus aut Civili, aut Gentium, jure improbandum ſit? aut cur extraneo cui nulla teneor ſanguinis vel meritorum neceſſitudine, debeam potius gratuitum pecuniæ meæ uſum indulgere, quam operæ, quam agri, aut domus, aut cujuſcumque alterius corporis, quod non magis neceſſarium mihi ſit, quam pecunia?

CAPUT VII.

Chryſoſtomum pro diſtinguenda fœnoris & locationis *natura tria adferre argumenta; eaque a Franciſco Hotmano graviſſima atque eruditiſſima appellari: ſed videri parum idonea.*

Niſi ſi placent rationes quas Chryſoſtomus, ſive quis alius auctor, *in Matthæum, cap.* 21. *homil.* 38. *tom.* 1. *oper. Chryſoſtomi, pag.* 907. *edit. Pariſienſ. apud C. Morell. ann.* 1636. pro fœnoris & locationis differentia adfert his verbis. *Adhuc dicit aliquis: qui agrum locat, ut agrariam recipiat, aut domum, ut penſiones recipiat: num eſt ſimilis ei qui pecuniam dat ad uſuram? Abſit. primum quidem, quoniam pecunia non ad aliquem uſum diſpoſita eſt, ſicut ager vel domus, ſed ad pretium emendi vel vendendi. Secundo, quoniam qui agrum habet, arat eum, & fructum accipit ex eo: ſimiliter & qui domum habet, uſum manſionis capit ex ea. ideo qui locat agrum vel domum, uſum dare videtur, & pecuniam accipere, & quodammodo quaſi commutare videtur lucrum cum lucro: pecuniam autem ſi repoſitam in ſacculo teneas apud te, nullum uſum capis ex eo. Tertio, ager vel domus utendo veteraſcit: pecunia autem cum fuerit mutuata, nec veteraſcit.* Hæc ille: atque, ut Franciſco Hotmano V. CL. *De foenore c.* 3. *tom.* 1. *oper. pag.* 802. videtur, *luculenter ac prope divinitus.* ſic enim loquitur: ac rationes quas allegat Chryſoſtomus, *graviſſimas* atque *eruditiſſimas* appellat.

Sed mihi ſedet, tantiſper ſequeſtrare ejus auctoritatem præjudicii, atque interim rem conſiderare: ut decet, cum verum quæritur. primum, quod negat Chryſoſtomus, pecuniam ad aliquem uſum haberi, ſed ad pretium emendi vel vendendi; quo pertinet? an nummus, quia inventus eſt, ut publica ac perpetua ejus æſtimatio permutationum difficultatibus quantitatis æqualitate ſubveniret, idcirco non potuit alium recipere uſum? atqui ſic Ariſtoteles quoque cenſuit *De republica lib.* 1. *c.* 10. quid, ſi inepte? quoties enim evenit, ut res inventa ad unum finem, deinde alium admittat, etiam meliorem? non enim ratio invenit pleraque; ſed neceſſitas: nec hæc optima quæſivit, ſed neceſſaria: cæterum rudia & parva uſus & tempus perfecere. nec erat, cur ſequentes repudiarent utilitatem, ſi quam nova demonſtraret occaſio, etſi prioribus non animadverſam. illi enim quod ſibi utile intellexere, ad vitæ uſum adhibuere: non quia non eſſe oporteret aliud: ſed quia non habebant, ipſo quoque uſuri, ſi vidiſſent. eo igitur reperto, ſtulti ſit, quod ſibi utile & bonum eſſe animadvertit, non ſequi quamquam duce natura, tantum quia novum & Veteribus inviſum. Optime Seneca *epiſt.* 95. *Fuit ſine dubio, ut dicitis, vetus illa ſapientia cum maxime naſcens rudis: non minus quam cæteræ artes quarum in proceſſu ſubtilitas crevit.* Sed in jure id frequens eſt, actionem negotiorum geſtorum vide: ejus introducendæ cauſa fuit, ut amici abſentium qui ſubita feſtinatione coacti, peregre profecti eſſent, nulli ante demandata negotiorum ſuorum adminiſtratione, ad ea ſponte ſuſcipienda invitarentur §. 1. *Inſt. de obligationibus quæ quaſi ex contractu naſcuntur. l.* 1. *D. de negotiis geſtis.* ſi qui tamen aliqua neceſſitate, vel ejus ſuſpicione, ad ea ſuſcipienda urgeri poſſint, & per hos utiliter geſta ſint negotia; magis eſſe cœpit, ut in ipſorum quoque perſonis locum acciperet negotiorum geſtorum actio: perinde ac ſi ſua ſponte ad ea veniſſent *l.* 3. §. 10. *l.* 19. §. 2. *D. de negotiis geſtis.* adeo attinet, quod Varro, *lib.* 7. *De lingua Latina*, *pag* 64. ſcribit, *Quæcumque uſus cauſa ad vitam ſunt aſſumpta, in his utilitatem quærere, non ſimilitudinem.*

Item,

Item, *Propter utilitatem in heis diſſimilitudinem potius, quam ſimilitudines ſequamur.* Negotiis geſtis adde aquæductum: cujus finis fuit agrorum irrigatio. hoc tamen jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, ſed pecoris cauſa, vel amœnitatis, aqua duci poſſit *l. 3. & l. 1. §. 11. D. de aqua quotidiana & æſtiva.* Quid dicam de bonorum poſſeſſione contra tabulas? quam Prætor invenit in gratiam emancipatorum liberorum, ſi quos præteriiſſet pater. porrecta tamen eſt ad ſuos, permittente utilitate *l. 4. C. de liberis præteritis.* Jam veſtis inventa fuit, ut tegeret; non ut ornaret: domus, ut tutelam præberet; non ut voluptati eſſet. ait tamen Varro *d. lib. 7. pag. 65. Non ſolum veſtiti eſſe volumus, ut vitemus frigus, ſed etiam, ut videamur veſtiti eſſe honeſte: non domum habere, ut ſimus in tecto & tuto ſolum, ſed etiam ubi voluptas retineri poſſit.* Atque ut voluptatem mittam: quis dicat, veſtem inventam, ut reditum det? poteſt tamen locari veſtis; & ex ea merces, quaſi fructus, percipi *l. 19. D. de uſuris. §. 5. Inſt. de locatione & conductione.* Sed nec domus inventa eſt, ut locetur: & tamen, ſi domo non eget dominus, quid ni locet eam qua carere poteſt? Fundi quoque comparati ſunt, ut ſerantur, aut paſcantur: non, ut locentur. quid, ſi dominus eos conſerere aut paſcere nolit, aut non poſſit; an peccabit, ſi aliis locet, & penſiones pro fructibus accipiat? hoc vero quotidie fit, nullo improbante. adeo frumenta, poma, fœnum, & ſimilia, ex fundo percepta, naturales fructus appellantur: ſed penſiones locatorum fundorum natura quidem non ſunt fructus; ſed civili jure pro fructibus habentur *l. 62. D. de rei vindicatione. l. 29. D. de hereditatis petitione.* In pecunia cur aliud dicemus? eſto: non ſit inventa ad uſum; ſed ut ſit pretium rei emptæ & venditæ: an non debet ideo ad uſum adhiberi, ſi quis ejus eſſe poſſit? imo probo, quod Papinianus *d. l. 62.* reſpondit, uſuram non natura pervenire, ſed jure percipi. quamquam nec animadverto, cur pecunia non ſit ad uſum conſtituta: quam concedimus inventam eſſe ad æſtimationem emendarum ac vendendarum rerum. an non eſt ad uſum comparata qua mihi licet quod mihi utile ſit, emere vendere, locare conducere, lucrum denique facere: quam, ſi ipſe nolim negotiari, poſſim dare ſocio, qui ea negotietur, & mihi præſtet partem lucri. quod ſi uſum habet pecunia, quia continet pretium emendarum rerum: hunc uſum ſi permittam alii, credita pecunia; quæſo, an iniquum eſt, mihi uſuras dari, id eſt, uſus æſtimationem reparari? cum utique lucrum cum lucro commutem; neque plus accipiam, quam dedi. Sed res certa: & ipſe Ariſtoteles *lib. 1. De republica c. 9. pag. 406.* ſic inſit, *Uniuſcujuſque rei quæ paratur ac poſſidetur, duplex uſus eſt. uterque autem per ſe quidem eſt, verum non ſimiliter per ſe: ſed alter rei accommodatus ac proprius: alter alienus, neque proprius: verbi gratia, calceum induere & calceum permutare. utroque enim modo calceo uti licet. nam etiam qui calceum nummo aut victu permutat cum eo qui eget calceo: utitur ille quidem calceo, qua ratione calceus eſt: ſed non ex uſu proprio. non enim permutationis cauſa factus calceus eſt. idemque de aliis rebus quæ parantur, ac poſſidentur, ſentiendum.*

At enim (quod eſt ſecundum Chryſoſtomi argumentum) ſi pecuniam teneas in ſacculo repoſitam, nullum ex ea uſum capis. audio. verum ſi domum quoque meam neque ipſe inhabitem, neque aliis locem; neque illa præbebit fructum. & ſi agrum neque ipſe colam, neque aliis locem; inutilis ager erit. neque tamen tam ineptus eris, ut dicas, vel domum, vel agrum, tibi ad fructum non prodeſſe. ſterilis enim tibi non ſuo, ſed tuo, vitio eſt: exemplo pecuniæ quam otioſam jacere ſinas; cum, ſi foenori colloces, induſtria tua fiat, ut ſterilis non ſit *l. 3. §. 4. D. de contraria tutelæ actione, & l. 7. D. de uſuris.* imo Ulpianus *l. 10. §. 3. D. Mandati vel contra* ait, eam exerceri: pro ad quæſtum haberi: exemplo navis aut cauponæ quæ exerceri dicuntur; cum ad reditum habentur *l. 1. §. 2. & 5. D. Nautæ caupones ſtabularii.* igitur ſicut agri aut domus aut navis, ſic pecuniæ, juſta locatio eſt: quia in hac æque, atque illis, lucrum cum lucro, id eſt, uſus cum mercede commutatur *l. 14. C. de uſuris.*

Poſtremum Chryſoſtomi argumentum eſt, quod ager, vel domus, utendo veteraſcit: pecunia autem mutata nec minuitur, nec veteraſcit. Sed primum quod de agro dicit, veteraſcere, falſum eſt: modo, ſi bene colatur: ut a Columella, *De re ruſtica, lib. 1. in Præfatione*, pulchre & late demonſtratum eſt. deinde quod de domo addit, etſi non negem; (nam & ornamenta urbium, & decora marmorum, ſentire ſenſum temporis, ait *l. 16. Cod. Theod. de operibus publicis, lib. 15. tit. 1.* & victa ſenio fatiſcere *l. 15. Cod. Theod. eod. tit.*) tamen ad rem non pertinet. veteraſcit enim domus ſive habitetur, ſive vacua ſit: & magis vacua, quam habitata. res nota: & Ovidius tangit *lib. 1. Amorum Eleg. 8.* hoc verſu.

Caneſcunt turpi tecta relicta ſitu.

denique, penſionem non pro ædium deterioratione, ſed pro uſu, præſtari, ex Pomponio obſervat Marcianus *l. 2. D. In quibus cauſis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.* idemque probat locatio agri: quem ſi bene colatur, neque veteraſcere, neque deteriorari, ſupra dixi.

CAPUT VIII.

Præter Chryſoſtomi argumenta eſſe tria alia quibus homines egregii & docti fœnus *a* locatione *ſeparari putant. ſed fruſtra. Pomponius expoſitus l.* 13. *§.* 1. *D. Commodati vel contra, etiam Vlpianus l.* 10. §. 8. & *§.* 3. *D. Mandati vel contra, & Paulus l.* 67. *§.* 1. *D. Pro ſocio.*

Reſpondi tribus argumentis quibus Chryſoſtomus fœnus a locatione & conductione diſtinguit. Sequuntur alia quæ non habet Chryſoſtomus. ſed quia æque aut magis ſunt moleſta doctiſſimis hominibus; curabo, ut neque in his diligentiam meam deſiderent qui ad verum contendunt. Primum argumentum eſt, quod in fœnore dominium transfertur; in locatione retinetur. probat igitur ratio locationem; fœnus improbat: quia in locatione fructus ex re propria, in fœnore ex aliena, percipiuntur. Sed hanc ſubtilitatem quæ tota Juris Civilis eſt, non adgnoſcit Juris Gentium ſimplicitas. æque enim patitur quantitatem, ac corpus, locari: etſi Jus Civile quantitatis locationem minus ferat: ut ſupra dixi. id vero ſi eſt, etiam patitur Jus Gentium, dominium locatæ quantitatis transferri; eamque non in ſpecie, ſed in genere, reſtitui: quamquam corpore locato, nil neceſſe putet, dominium tradi; velitque hoc non in genere, ſed in ſpecie, reſtitui: quia altero in caſu aliter uſus haberi poteſt, altero non poteſt. porro, ſi corporis locator mercedem accipit pro uſu, etſi non transferat dominium: quid ni quantitatis locator, tradito dominio, mercedem pro uſu ferat? cum utique verum ſit, quantitatem locaſſe, & hujus dominium tranſtuliſſe: non in perpetuum, nec ne ipſe haberet: ſed ad tempus, atque ut accipiens interim haberet uſum, quem alioquin in re quæ utendo conſumitur, habere non poterat. ita efficitur, ut in fœnore non eo pertineat dominii tranſlatio, ut creditor minus, ſed ut æque, mercedem habeat: quando debitori dominium dat uſus cauſa; & jus crediti in eodem repetendi genere vice dominii retinet; denique, fructus non ex alieno, ſed ex ſuo, jure accipit.

Alterum argumentum eſt: quod locator debet conductori præſtare, uti frui licere *l.* 15. §. 1. *D. Locati conducti*; ac ſi caſu fiat, ne præſtet, non tenetur conductor ad promiſſæ mercedis ſolutionem *d. l.* 15. §. 2. *& l.* 33. *D. eod. tit.* ſed in fœnore contra eſt: tenetur enim debitor ad promiſſæ mercedis præſtationem; ſive habuerit pecuniæ uſum, ſive hunc fortuitus impedierit caſus. iniquum igitur fœnus eſt: cum iniqua non ſit locatio conductio. Sed neque hæc objectio, etſi primo adſpectu difficilis videatur, ullius rei eſt, ſi ad diligentius examen revocetur. quia corporis locatio non fit ad qualemcumque uſum; ſed fit ad uſum certum: eumque ſi non habeat conductor, intercedente caſu; non eſt quidem quod locatori, at nec eſt quod conductori, imputetur. placet igitur, caſum non conductori, ſed locatori, nocere: ſive quia hoc dominio conſequens eſt; ſive quia ita tacite conventum videtur. non idem eſt in fœnore: nam in eo locatur debitori pecunia, non ad certum, ſed ad qualemcumque, uſum: quia ei ſic datur, ut dominium in eum transferatur: nec igitur promittit debitor creditori, pecunia uti hoc aut illo modo: ne conſilium quidem creditoris circa uſum deſiderat: ſed apud ſe ſtatuit arbitrio ſuo, qua ratione eum pecunia uti, atque ex ea lucrum facere, oporteat. quod ſi ei maximum, atque adeo præter ſpem, obtigerit; non eo majorem uſuram, quam quæ conventa ſit, ſolvit. igitur ſi damnum factum ſit; viciſſim debet hoc non creditori, ſed debitori, nocere: ſive quia id actum eſt; ſive ex natura dominii: certe quia iniquum fuerit, creditoris periculum eſſe; & interim de genere negotiandi pecunia, conſumendive eam, non eum conſulere; ſed debitorem ſuo arbitrio ſtatuere. ea ratione & in negotiorum geſtore obtinuit; ut, ſi fecerit quod non ſit ſolitus facere dominus, ejus periculum non ad dominum, ſed ad ipſum, pertineat *l.* 11. *D. de negotiis geſtis.*

Tertium argumentum eſt, quod res debet quæſtui eſſe illi cujus periculo eſt, auctore Pomponio *l.* 13. §. 1. *D. Commodati vel contra*, Ulpiano *l.* 10. §. 8. *D. Mandati vel contra*, & Paulo *l.* 67. §. 1. *D. Pro ſocio.* eſt autem credita pecunia non creditoris periculo; ut in locatione, in qua conductor reddit eamdem rem quam accepit, modo exſtet; & ſi periit fortuito caſu, nihil tenetur reddere: ſed pecunia eſt debitoris periculo. tenetur enim reddere non eamdem ſpeciem, ſed idem genus; quamquam ſpecies quam accepit, perierit fortuito caſu *l.* 11. *C. Si certum petatur.* debet igitur non creditori eſſe quæſtui, ſed debitori. Sed primum fit corporis locatio ad certum uſum, & quidem eum qui haberi poſſit ſalva ejus ſubſtantia: hunc vero egredi non debet conductor, invito locatore. eum igitur ſi ſumat ex voluntate locatoris, & res perit caſu fortuito; nihil eſt, quod imputetur conductori qui corporis periculum in ſe nullum ſuſcepit, eoque ex domini voluntate uſus eſt. perit igitur locatori, id eſt, domino, ex natura dominii. contra pecuniæ locatio debitori fit ad uſum qualemcumque, id eſt, non utique ad eum qui creditori, ſed

qui

qui debitori, placeat: non etiam ſic fit, ut ſalva maneat ſubſtantia, ſed ut uſu conſumatur: & hoc cum debitori videbitur. igitur ſi perit, quamquam caſu, non perit creditori, qui ejus periculum non recepit, nec de conſumenda ſtatuit: ſed debitoti, id eſt, domino qui ea ſuo tempore, & ſuo arbitrio, utitur. Tamen quæſtus (ſi Pomponio *d. l.* 13. §. 1. ſi Ulpiano *d. l.* 10. §. 8. & Paulo *d. l.* 67. §. 1. fides) debet ejus eſſe cujus periculum eſt. ſic eſt: ſed non ubique, ſed in ſpeciebus quas tractant. E re erit, ſingulas vidiſſe: quia ſunt elegantes, neque ſatis expoſitæ. primas partes dabo Pomponio: cujus verba *d. l.* 13. §. 1. ſunt. *Si quem quæſtum fecit is qui experiendum quid accepit, veluti ſi jumenta fuerint, eaque locata ſint, id ipſum præſtabit, qui experiundum dedit: neque enim ante eam rem quæſtui cuique eſſe oportet, [prius] quam periculo ejus ſit.* Sic Florentiæ; in aliis libris eſt, *id ipſum præſtabit ei qui experiundum dedit.* Rectius. proponitur Pomponio aliquis jumenta empturus, hæc experienda accepiſſe; eaque alii locaſſe certa mercede. quæritur, cujus lucro merces cedere debeat. ait Pomponius, non debere cedere lucro ejus qui experienda accepit; ſed qui dedit: & addit rationem; ea ratio eſt, *neque enim ante eam rem quæſtui cuique eſſe oportet [prius] quam periculo ejus ſit:* id eſt, non ante oportet mercem in emptione venditione quæſtui eſſe cuique, quam perfecta ſit emtio & venditio. inde enim eſt emptoris periculo & commodo. quæſo, quid ita? quia etſi ante tradita ſint jumenta, tamen non ad quæſtum tradita ſunt, quaſi jam empta, ſed experienda: id eſt, (ut Ulpianus *l.* 20. *D. de præſcriptis verbis* ait) ut gratuitum acciperet experimentum, & hoc ſumpto, deinde de emptione deliberaret. igitur ſi expertus jumenta eſt, & quæſtum fecit, cum reddere debet: quia id actum fuit, ut commodato haberet; non ut quæſtum faceret. ſic, ſi perfecta non ſit emptio venditio; & adeo res non ſit emptoris periculo. nam ſi perfecta ſit; & res ejus periculo eſt; & ejus fructus habet; &, ſi non ſolvit rei pretium, ad uſuras tenetur *l.* 13. §. 19. *D. de actionibus empti & venditi.* Recte igitur Pomponius in *d. l.* 13. §. 1. *D. Commodati vel contra* dicit, quæſtum eſſe ejus cujus periculum eſt, volente negotii genere. ſed hoc ad alias ſpecies quarum alia ratio ſit, porrigendum non eſt. nam ſi mulier marito dotem dedit, maritus fructus habet ex re dotali: quia is finis dotis datæ: & tamen dos non mariti, ſed uxoris, periculo eſt: ſufficitque marito, niſi æſtimata dos ſit, in ea præſtare dolum & culpam latam ac levem *l.* 10. *l.* 17. *D. de jure dotium. l.* 23. *D. regulis juris.* Ita in corporibus in dotem datis. quid, ſi quantitas ſit? Gajum audi *l.* 42. *D. de jure dotium.* ſic infit, *Res in dotem datæ, quæ pondere, numero, menſura conſtant, mariti periculo ſunt: quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium ſuum diſtrahat; & quandoque ſoluto matrimonio, ejuſdem generis & qualitatis alias reſtituat, vel ipſe, vel heres ejus.* In negotiis quoque geſtis ipſe Pomponius cujus eſt *d. l.* 13. §. 1. oſtendit, utilitatem, quæ eſt humanæ menſura æquitatis, aliquando velle, ut ad alium periculum, ad alium lucrum, pertineat: cum ſic ſcribit *l.* 11. *D. de negotiis geſtis. Si negotia abſentis & ignorantis geras: & culpam & dolum præſtare debes. Sed Proculus interdum etiam caſum præſtari debere: veluti ſi novum negotium, quod non ſit ſolitus abſens facere, tu nomine ejus geras; veluti venales novitios coemendo, vel aliquam negotiationem ineundo. nam ſi quid damnum ex ea re ſecutum fuerit, te ſequitur; lucrum vero abſentem.* Tantum de Pomponio.

Sequitur Ulpianus *d. l.* 10. §. 8. *D. Mandati vel contra. Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat ſine uſuris, iſque non ſine uſuris crediderit, an etiam uſuras mihi reſtituere debeat, videamus? Et Labeo ſcribit, reſtituere eum oportere, etiamſi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret: quamvis, ſi periculo ſuo crediſſet, ceſſaret (inquit Labeo) in uſuris actio mandati.* Sejus procuratori mandavit, ut Titio pecuniam ſuam crederet ſine uſuris: is eam credidit ſub uſuris. quæritur, an uſuras, ſi quas percepit, reſtituere debeat? ait Ulpianus ex Labeone: & recte. ut enim mandatum ei ſit; ut gratuitam pecuniam daret: tamen ſi ſub uſuris credidit, & has accepit; non ex ſua, ſed aliena, pecunia accepit; nec patitur bona fides, diſtinctis inter homines dominiis, eum ex aliena pecunia lucrum facere, invito domino. debet igitur, quantumcumque ſenſit emolumentum reſtituere ei ex cujus pecunia accepit: volente non ratione tantum, ſed etiam Ulpiano *l.* 10. §. 3. *D. eod. tit.* addam Paulo *l.* 20. *D. eod. tit.* & Gajo *l.* 46. §. 4. *D. de procuratoribus.* maxime, ſi procurator eam pecuniam non ſuo periculo fœneraverit. & quid ſi hoc ſit? non enim deſinit eſſe aliena pecunia ob id quod procuratot eam ſuo periculo exercuit? igitur debet etiam eo in caſu quidquid uſurarum nomine acceperit, pecuniæ domino reſtituere? non eſt verbis opus. rem ſignat Ulpianus *d. l.* 10. §. 3. ait enim, ſi procurator meus pecuniam meam fœnori dedit, uſuraſque conſecutus eſt: debere eum præſtare quantumcumque emolumentum ſenſit: nec referre, *ſive ei mandavi, ſive non.* id vero quid vult, niſi ptocuratorem ad uſurarum reſtitutionem teneri; ſive periculum ad eum ſpectet; ſive non? quia, ſi domini pecuniam ſine ejus mandatu fœneret, certum eſt, eam non domini, ſed ſuo, periculo fœnerare *l.* 62. *D. de rei vindicatione.* Ulpianus tamen obſtat *d. l.* 10. §. 8. verba Ulpiani, *Quamvis ſi periculo ſuo crediſſet, ceſſaret (inquit Labeo) in uſuris actio mandati.* Sed non ſic eum intelligi oportet, quaſi velit, procuratorem ſtatim, ac

peri-

periculo ſuo crediderit domini pecuniam, ex ea uſuras retinere: ſed quaſi velit, fœnerata domini pecunia procuratoris periculo, ex Labeonis ſententia in uſuris ceſſare mandati actionem; ſi dominus juſſerit, procuratorem ſuum certam pecuniam ſumere, & fœnerare periculo ſuo, vel ſimpliciter, vel ita, ut certas uſuras domino penderet dumtaxat: ac ſi pluris fœnerare potuiſſet, ipſe lucraretur. ſic enim aliquando conveniri ſolitum, idem Ulpianus oſtendit *l.* 6. §. 6. *D. eod. tit.* nec iniquum fuerit, utilem procuratori eſſe pecuniam; cum dominus hoc patitur, atque etiam periculum ad eum pertinere jubet. Sed & Scævola *l.* 47. §. 4. *D. de adminiſtratione tutorum*, cum Præfectus legionis ita teſtamento caviſſet, *Volo, ut ſit in arbitrio tutorum filii mei, ſi voluerint hujus ſummæ uncias inferre uſurarum nomine, ita, ne nummi diſpergantur*; & quæſitum eſſet, ſi apparuerit pecunia fœnerata a tutoribus, judicio tutelæ, uncias uſuras, an vero eas quas ſtipulati ſint, præſtare debeant: reſpondit, ſi ſecundum voluntatem defuncti elegiſſent uſurarum præſtationem, neque pupilli nomine in fœnus dediſſent, id præſtare debere quod teſtator voluiſſet.

Supereſt, ut Paulum explicemus *l.* 67. §. 1. *D. Pro ſocio.* verba hæc ſunt, *Si unus ex ſociis qui non totorum bonorum ſocii erant, communem pecuniam fœneraverit, uſuraſque perceperit, ita demum uſuras partiri debet, ſi ſocietatis nomine fœneraverit: nam ſi ſuo nomine, quoniam ſortis periculum ad eum pertinuerit, uſuras ipſum retinere oportet.* Proponitur communis pecunia ab uno ex pluribus ſociis ſub uſuris credita. quæritur, an uſuras ex ea perceptas cum reliquis communicare debeat. diſtinguit Paulus, utrum fuerint totorum bonorum ſocii, an non: & priore caſu putat, communes uſuras eſſe oportere, ſive eam pecuniam ſuo, ſive ſocietatis, nomine fœneraverit: quia vix poteſt propriam habere pecuniam, contracta totorum bonorum ſocietate: ſed neque poteſt res communes in ſolidum alienare, non conſentientibus cæteris ſociis; auctore Nicæo, *Baſilic. lib.* 23. *tit.* 1. *tom.* 3. *pag.* 272. *& ſeq. ad l.* 16. *D. de rebus creditis. lit. L.* Sic, ſi fuerint totorum bonorum ſocii. quid, ſi non fuerint? ait Paulus, ſi quidem ſocius communem pecuniam fœneraverit ſocietatis nomine, debere eum uſuras partiri; ſi vero ſuo nomine eam fœneraverit, uſuras ipſum retinere oportere: & addit rationem, ea ratio eſt, quoniam ſortis periculum ad eum pertinuerit. id vero hunc ſenſum habet; quod ſi non totorum bonorum ſocius communem pecuniam conſentientibus ſociis fœneraverit: (aliter enim non poteſt, quia tantum ſuæ partis alienationem habet *l.* 16. *D. de rebus creditis*) tenetur cum ſociis communicare perceptas uſuras; quia eorum pecunia eſt; amplius, eſt eorum conſenſu & periculo credita. ſed ſi ex communi pecunia partem ſuam (Paulus *d. l.* 16. dicit, *propriam pecuniam*) mutuam dederit quam certum eſt eum creditam facere poſſe, etiam diſſentientibus cæteris: ut idem Paulus ait *d. loc.* magis eſt, ut eas uſuras ſibi retinere poſſit: quia ſortis periculum ad eum pertinet. Atqui, ſi communem pecuniam in uſus ſuos convertit, uſuras eum præſtare oportet *l.* 60. *D. Pro ſocio.* Sed jam Græci obſervarunt, *Baſilic. lib.* 12. *tit.* 1. *tom.* 2. *pag.* 38. *in explicatione d. l.* 67. §. 1. *lit. X.* pecuniam communem fœnerare, non eſſe eam convertere in proprios uſus. idque & Cujacio viſum *lib.* 23. *Obſerv. c.* 27.

CAPUT IX.

Senecæ ſententia contra fœnus examinata & diſcuſſa.

Sed ut illo revertar, unde diſceſſi, apparet, neque Naturam, neque Gentium jus, a fœnore uſuriſque abhorrere. nec tamen ignoro, Senecam *lib.* 7. *D. beneficiis c.* 10. ſic ſcribere, *Video iſtic diplomata, & ſyngraphas, & cautiones, vacua habendi ſimulachra, umbras quaſdam avaritiæ laborantis, per quas decipiant animum, inanium opinione gaudentem. quid enim iſta ſunt? quid fœnus & Kalendarium, & uſura, niſi humanæ cupiditatis extra naturam quæſita nomina? poſſum de rerum natura queri, quod aurum argentumque non interius abſconderit, quod non illis majus, quam quod detrahi poſſet, pondus injecerit. quid ſunt iſtæ tabulæ, quid computationes, & venale tempus, & ſanguinolentæ centeſimæ? voluntaria mala, ex conſtitutione noſtra pendentia, in quibus nihil eſt quod ſubjici oculis, quod teneri manu poſſit, inanis avaritiæ ſomnia.* Primum ait Seneca, quod fœnus eſt humanæ cupiditatis extra naturam quæſitum nomen. Vere. eſt enim, ut Ariſtoteles, *De republica lib.* 1. *c.* 10. ait, in fœnore pecunia pecuniæ partus. Sed non idcirco negligendum. natura enim etſi non invenit fœnus, tamen nec vetuit. quid ni igitur recipi poſſit ad humanum uſum, ſi quem habeat, non repugnante natura? Niſi ſervitutem improbamus propterea, quod eam natura ignorat, hominibus initio liberis natis. atqui ſervitutem, hominum conſtitutione inventam contra naturam, approbat jus Gentium *l.* 4. §. 1. *D. de ſtatu hominum*, *l.* 4. *D. de juſtitia & jure.* rerum quoque dominia non natura commenta eſt, ſed humana pactio introduxit contra naturalem communionem. dominia tamen ab hominibus diſtincta jus Gentium ſervat, ſuadente utilitate *l.* 5. *D. eod. tit.* *Divina natura dedit agros, ars humana ædificavit urbes*: ut Varro ait, *De re ruſtica lib.* 3. nec tamen quiſquam urbes vituperat: quia eas

Jus

Jus Gentium invenit; natura ignorat *d. l.* 5. imo commode Juvenalis *ſat.* xv. *verſ.* 149. ſcribit, quod Deus dedit

— — Nobis animum quoque, mutuus ut nos
Affectus petere auxilium, & præſtare juberet,
Diſperſos trahere in populum, migrare vetuſto
De nemore, & proavis habitatas linquere ſylvas:
Ædificare domos, laribus conjungere noſtris
Tectum aliud, tutos vicino limite ſomnos
Ut collata daret fiducia: protegere armis
Lapſum, aut ingenti nutantem vulnere civem,
Communi dare ſigna tuba, defendier iiſdem.
Turribus, atque una portarum clave teneri.

Idem in fœnore & uſuris puta. non adgnoſcit hæc natura. ita eſt: ſed nec prohibuit. imo hominum pactionibus conſtituta non adſpernatur ratio jure Gentium *l.* 15. *D. de interdictis & relegatis:* non magis, quam commercium & obligationes: quas, paucis exceptis, jure Gentium introductas eſſe, Hermogenianus refert *d. l.* 15. Hoc ſenſu Pomponius *l.* 121. *D. de verborum ſignificatione* ait, uſuram pecuniæ quam percipimus, non eſſe in fructu: quia non ex ipſo corpore, ſed ex alia cauſa eſt, id eſt, nova obligatione. Papinianus quoque ſcribit *l.* 62. *D. de rei vindicatione*, uſuram non natura pervenire, ſed jure percipi.

At fœnus eſt venale tempus, voluntarium malum, ex conſtitutione noſtra pendens, in quo nihil eſt quod ſubjici oculis, quod teneri manu poſſit, inanis avaritiæ ſomnium. percipitur enim pro uſu ejus quod non eſt; quia percipitur pro uſu conſumptæ pecuniæ. Nec hoc Seneca tantum, ſed & Plutarchus, *De vitando ære alieno*, carpit his verbis, *Et rident proinde iſti phyſicos, qui ex eo quod non ſit, exiſtere quidquam poſſe negant. nam apud ipſos ex eo quod neque eſt, neque ſubſiſtit, naſcitur fœnus.* Sed hoc ſubtilitatis eſt & nimiæ & prope inanis. etſi enim non negem, in mutuo conſumi ſpeciem: tamen quis neſcit, debitorem ad genus teneri, & cum id ſolvitur, idem reſtitui? quippe, cum rerum quæ mutuæ dantur, hæc natura ſit: ut non corpore ſuo, ſed quantitate, cenſeantur; & functionem ſuam non in ſpecie, ſed in genere, recipiant: quia non intereſt domini, utrum idem, an tantumdem, habeat. quod ſi vero eſt, ut genere ſalvo, etiam ſalva videatur ſors: quid ni uſura pro uſu ejus debeatur; ſicut merces pro uſu locati & adhuc ſalvi debetur corporis? atque hoc in creditore rationis eſt. ſed de debitore quid dicemus? nec ei perire pecuniam quæ conſumpta eſt in uſum ejus. nam licet ei ſalvum non ſit pecuniæ corpus; tamen ſalva eſt ejus utilitas: ſive fundum emit ex quo fructus percipiat: ſive debita ſolvit, & bona ſua redemit: ſive aliud egit quod ad qualecumque ejus negotium pertinere exiſtimaret *l.* 70. §. *ult. l.* 71. *l.* 72. *D. de legatis lib.* 2. hanc autem utilitatem cum ex alterius pecunia habet, recte uſuras ſolvit pro uſu.

Verum ſanguinolenta eſt centeſima. quis negat, ſi excedat utilitatem qua cariturus ſit creditor ob id quod debitor ſit uſurus ejus pecunia? ſed quid, ſi id non ſit? non fuerit crudele, ei centeſima reparari utilitatem quam debitori conceſſerit. quid, ſi addam, non eſſe proprium uſuræ, ut centeſima ſit, id eſt, graviſſima? poſſunt enim ſemiſſes, & quincunces, & trientes, & ſextantes, & unciæ, id eſt, leviſſimæ eſſe. imo ipſe Seneca *lib.* 3. *De ira c.* 33. uſuræ meminit haud milleſimæ. ac ſi civilis ac modeſta ſit, forſan nec improbabilis viſa ei fuit uſuræ ratio. ipſe ſane de ſe, ſi fides Tacito *lib.* 14. *Annal. c.* 53. oratione ad Neronem ſic infit, *Tantis agrorum ſpatiis, tam lato foenore exuberat.* Accuſat igitur Seneca non fœnoris vitium; ſed modi. nec hoc in fœnore tantum, ſed in aliis quoque, contingit, ut uſu aut utilia aut noxia habeantur. ſic vino (quod Plinius monet *lib.* 14. *Naturalis hiſtoriæ c.* 4.) neque viribus corporis utilius aliud, ſi modus adſit, neque aliud voluptatibus perniciosius, ſi modus abſit. ſic (quod Quintilianus notat *lib.* 2. *Inſt. orat. c.* 16) in utramque partem valent arma facundiæ: nec tamen eſt æquum, id haberi malum, quo bene uti licet. alioquin nec duces erunt utiles, nec magiſtratus, nec medicina, nec ipſa denique ſapientia. nam & dux Flaminius, & Gracchi, Saturnini, Glauciæ, magiſtratus, & in medicis venena, & in iis qui philoſophorum nomine male utuntur, graviſſima nonnumquam flagitia deprehenſa ſunt. cibos aſpernemur, attulerunt ſæpe valetudinis cauſas. numquam tecta ſubeamus, ſuper habitantes aliquando procumbunt. non fabricetur militi gladius, poteſt uti eodem ferro latro. quis neſcit, ignes, aquas ſine quibus nulla ſit vita, & ne terrenis immorer, ſolem lunamque, præcipua ſiderum, aliquando etiam nocere. ſed quod in illis Quintilianus obſervat, hoc in fœnore dicamus: ſi nocet, ſi turpe eſt, ſi indignum viro bono & humanitatis amante; non eſt fœnoris peccatum, ſed hominis avari & fœnore male utentis. quod ſi quis idcirco prohibere velit, quod aliquando in abuſum cadat: licet; dum & ignem, & aquam, & vinum, & cibum, & cætera, hominibus non utilia modo, ſed & neceſſaria, ideo prohibeat, quod aliquando uſum recipiant, ſed non verum; denique, quod his multi ad nequitias abutuntur. quod ſi in his non uſum tollendum putet, ſed abuſum: etiam in fœnore & uſuris dicat, corruptelam inhibendam; non uſum verum, & ad juvandam humanitatem accommodatum.

Ineptis, inquies. eſt enim hæc uſurarum ratio, ut, quamvis non excedant modum, tamen ſenſim atterant debitoris opes, maxime negligentis aut prodigi. prorſus, ut, cum remedium quærat, non hoc, ſed venenum, accipiat. ſic enim Ambroſius arguatur, *De Tobia c.* 3. & ideo exclamat *c.* 5. *Mergit naufragos, expuit nudos, veſtitos exuit, inſepultos relinquit. nummum ergo petis, & naufragium*

ſuſcipis. hinc charybdis circumſtrepit, hinc Sirenæ quæ voluptatis ſpecie & canoræ dulcedinis ſuavitate in vada deductos cæca, repetendæ domus (ut ferunt fabulæ) ſpe & cupiditate fraudabant.

Sed quod Ambroſius carpit, non fœnori imputandum; ſed debitori, aut negligenti, aut nequam & prodigo, qualem in ſequentibus ejuſdem capitis deſcribit.

CAPUT X.

Legem Moſaicam de non exercendo fænore definire jus non Gentium, ſed Civile populi Hebraici cui poſita eſt. ea lege fænus inter Hebræos quidem, ſed non inter Hebræos & peregrinos, probiberi: ac ſimilem Romæ obſervationem fuiſſe inter cives Romanos, itemque inter hos & ſocios Latinos. cur fænus inter Hebræos lege Moſaica prohibeatur; inter Hebræos & peregrinos non probibeatur, ab Ambroſio diligenter diſputari; ſed non probabiliter. veram rationem petendam a fine & utilitate reipublicæ Hebraicæ cui lex data eſt. eam rempublicam fuiſſe novam, & in arctis rebus poſitam; nec ad negotiationem reſpexiſſe, ſed præſertim ad bellum & rem ruſticam; nec debuiſſe domi fænoris aut lucri ſtudio dividi, & foris Jure Gentium indiguiſſe in deſerto & ſterili loco. peregrinorum appellatione Moſen non damnatas Gentes, ſed qualeſcumque, intelligere: nec utique his publicum indixiſſe odium; etſi illis indixerit. an Deus aliquando Hebræis permiſerit rem turpem ac flagitioſam? non videri: nec Ægyptiis ablatione inſtrumentorum aureorum, & argenteorum, veſtiumque pretioſarum, furtum juſſu Dei eſſe factum. & cur? inſignis Tertulliani locus. quomodo accipiendum ſit quod de calceis veſtibuſque Hebræorum in deſerto non inveteratis aut attritis legitur Deuteronomio c. 29. §. 5. & c. 8. §. 4 ſimilis Juſtini locutio adducta? & Salviani aliorumque ſententia caſtigata. ſenſus Pſalmi 15 & Ezechielis c. 18. rejecta Hieronymi, & Hugonis Grotii, interpretatione.

At Deus Optimus Maximuſque uſuras vetuit; cum ſic edixit *Exodi c. 22. §. 25. Si pecuniam mutuam dederis populo meo, pauperi ipſi qui eſt tecum, ne eſto ei tanquam fenerator, ne imponito ei uſuram.* Et *Deuteronom. c. 23. §. 19. & 20. Ne dato in uſuram* fratri tuo *uſuram pecuniæ, uſuram cibi, uſuram illius rei quæ in uſuram datur.* Extraneo iſti *dabis in uſuram*, fratri *autem* tuo *ne dato in uſuram: ut benedicat tibi Jehova Deus tuus in omni re ad quam admoveris manum tuam.* & reliqua. Illicitæ igitur uſuræ ſunt lege Dei. Fateor: ſed in republica Hebraica; in eaque non inter omnes, ſed inter Hebræos; ac magis civili, quam naturali, ratione. atqui a Deo juſſa eſt ea lex. ſit ita: ſed non univerſo orbi ſcripta eſt; ſed Populo Hebræo: neque facit commune Gentium jus; verum Civile Populi, cui eam poſuit Deus, tamquam ejus princeps reipublicæ, non quaſi humanæ vindex ſocietatis. tenet igitur Hebræos, non qua cives majoris illius reipublicæ quæ eſt Dei & omnium hominum; ſed qua cives hujus minoris quæ eſt Dei & Hebræorum. ſicut lex Genucia, aut qualiſcumque illa fuerit cujus Livius meminit *lib. 35. c. 7.* cum fœnus inter cives Romanos vetuit, ante legem Semproniam cives quidem Romanos obligavit; ſed ſocios Latinos non obligavit: illos quoque reſpexit, non ob generis humani, ſed ob civitatis ſuæ, utilitatem. magis igitur civilis, quam naturalis, habenda eſt. atque hoc cum in lege Genucia apparet: quid ni in Moſaica dicetur? nam ea quoque fœnus non generaliter, ſed inter Hebræos, prohibuit: inter peregrinos autem & Hebræos non prohibuit *Deuteronom. d. c. 23. § 19. & 20. & c. 15. §. 6. & c. 28. §. 44.* quamquam *Levitici c. 25. §. 35. & 36.* ſic loquitur; *Facultatibus attenuato* fratre tuo, *vacillabit manus ejus: tunc confirmabis* illum, *etiam* peregrinum *aut* inquilinum, *ut vivat tecum. Non accipias ab eo uſuram aut fænus, ſed timebis a Deo tuo; ut vivat* frater tuus *tecum. pecuniam tuam ne dato ei in uſuram; nec in fænus dato cibum tuum.* Recte enim Belgæ interpretes hoc acceperunt de peregrinis, non omnibus, ſed ad civitatis & ſacrorum ſocietatem jam admiſſis. quos Hebræorum jure frui, Moſes jubet *Exodi c. 12. §. 48. & ſeq. & Numer. c. 15.* & Juſtinus Martyr obſervat, *Dialogo cum Tryphone Judæo* pag. 351. his verbis, *Proſelytus certe circumciſus, ſi ad populum acceſſerit, perinde eſt atque indigena & originarius.* Tantum igitur vetuit lex Moſaica, ab Hebræo ſub uſuris credi Hebræo; peregrino autem ab Hebræo, aut Hebræo a peregrino, ſub uſuris credi non vetuit: nec inter omnes peræque homines, ſed ſolum inter cives ſuos, inutilem uſurarum uſum eſſe, exiſtimavit. at ſi jus Gentium repræſentaret, prohiberet eas, non quaſi huic civili, ſed quaſi humanæ, conjunctioni contrarias: nec tantum Hebræos curaret; ſed qualeſcumque homines, nec minus extraneos, quam cives. quod enim

jure

jure Gentium peccatum eſt, numquam probari poteſt; quia ſemper malum eſt, denique ratione, etiam ſine lege ſcripta, damnatur. repugnat enim ſocietati quam Deus inter homines eſſe voluit; ſive Hebræi ſint; ſive alii. igitur repugnat juri quod Deus ſervandæ promovendæque inter homines ſocietati, ſive Hebræi, ſive alii, ſint; conſtituit. Sed non ideo fœnus Moſaico improbatur jure, quod ſit evertendæ Gentium ſocietati. permittitur enim Hebræis cum peregrinis; etſi Hebræis inter ſe prohibeatur. non igitur ob vitium quod utique fœnoris ſit, & naturali juri contrarium, inter Hebræos prohibetur: ſed contemplatione utilitatis quæ propria ſit civium ejus reipublicæ.

Quæ qualis fuerit, lex non addit: quamquam mihi probabile ſit, voluiſſe ejus auctorem, cives ſuos, quaſi ab uno profectos patre, (quales non omnes, ſed plerique, erant *Exodi c.* 12. §. 37. *&* 38.) inter ſe haberi pro neceſſariis: inter quos mutua eſſe officia, vel Gentiles definierunt. voluit igitur, inter eos non tam fœnus, quam mutuum, eſſe. quod inter neceſſarios etiam Gentiles admittebant. cæterum non putavit, tam arctam civibus cum peregrinis, quam cum civibus, eſſe conjunctionem: ſicuti nec peregrini eam ſibi cum Hebræis civibus, quam cum ſuis, ſocietatem eſſe exiſtimabant. & ideo quamquam non improbaret humanitatem, ſi quæ peregrinis gratis exhiberetur, hanc tamen ad juris neceſſitatem non revocavit. paſſus enim eſt, civem, ſi vellet, peregrino mutuum dare: ſed ſi nollet, eum peregrino ſub uſuris credere non vetuit. quod & in omnibus; exceptis amicis & neceſſariis, Gentiles ſoliti fuere. fuit igitur civilis ratio quæ fœnus inter Hebræos prohibuit.

Sed ea clarior fiet; conſiderantibus paulo diligentius ejus conditionem finemque reipublicæ cui poſita lex eſt. erat autem & nova, nec adhuc imperii atque obſequii viciſſitudine ſatis firmata: tum magis ad bellum, & pecorum curam, remque ruſticam; reſpiciebat, quam ad negotiationem. non longe petam argumenta. non tenebat populus ſolum patrium, idem pacatum, & per otium opibus ac luxu diffluens: ne habebat quidem certas & fixas ſedes: ſed ex Ægypto juſta egreſſus rebellione, ſedes novas quærebat; &, quod Joſephus obſervat, *Contra Appionem lib.* 2, non maritimas, ſed uberes, & ad agriculturam magis, quam ad mercaturam, idoneas, utcumque, ab aliis gentibus poſſeſſas, nec, niſi armis, petendas, aut retinendas. atque interim (referam enim quod Moſes memoriæ prodidit *Exodi c.* 13. §. 17. *&* 18.) non ducebat Deus Populum via regionis Philiſtæorum quæ propinqua erat, ſed circumducebat eum via ipſa deſerti ad mare algoſum: & addit cauſam Moſes, quæ pulchra eſt: ne, ſi bellum videret populus, eum pœniteret, & in Aegyptum reverteretur. Ita agebat in caſtris, & locis deſertis aut hoſtilibus, vagus; pauper, & omnium indigens. in illo tam difficili rerum ſtatu intererat novi Populi; ſpiritum quo tanta continebatur multitudo, pro more humani ingenii, indies mutabilis, & paſſim contumax, non diſſolvi, non modo metu periculorum aut egeſtatis, aliorumve incommodorum quæ ei plurima cum ab hoſtibus; tum a caſtrenſi vita, præſertim in ſterili ac deſerto loco, imminebant: ſed neque fœnoris ac lucri ſtudio quod ſæpe homines dividit, etiam optime junctos. Sane de urbe Roma, ſed ruſtica, & bello intenta, Tacitus *lib.* 6. *Annal. c.* 16. *Vetus urbi fœnebre malum, & ſeditionum diſcordiarumque creberrima cauſa: eoque cohibebatur antiquis quoque & minus corruptis moribus.* Appianus quoque *lib.* 1. *De bellis civilibus. Videntur illi priſci Romani, ſicut & Græci, abhorruiſſe a fœnore, ut negotiatione moleſta pauperibus & litium inimicitiarumque materia.* igitur animadvertens hoc ſapientiſſimus Legiſlator, quod poſtulabat res Habraica, voluit, cives ſuos quorum virtute ac fide ei vincendæ tot gentes erant, minime incitari ad avaritiam; ad querelas, ad diſcordiam, in quæ ſua ſponte ferri ſentiebat: magis voluit, quærentibus amputare occaſionem; ac cum omnes inter ſe arctiſſime jungi oporteret, ſingulos, non tam lucro ſuo, quam fraternitati, operam dare: alterumque ab altero, ſi qua ad tempus pecunia, aut quibus fructibus, egeret, quod aliquando neceſſe erat fieri, non fœnore ex jure Gentium, ſed mutuo ex officio amicitiæ ac cognationis, adjuvari: perinde quaſi omnium intereſſet, neminem deſtitui aut premi: ne quis facile ad ſeditionem, aut certe ad deſertionem, neceſſitate incitaretur. accedebat, quod non magnæ eſſent pecuniæ quæ ſic mutuæ peterentur; & idcirco ſine notabili incommodo gratis credi poſſent. Fuit igitur lex de non petendis uſuris civilis Hebræorum, poſita anguſtis reipublicæ temporibus, atque in gratiam pauperum; quamquam ut ad ditiores quoque pertingeret. nam etſi pauperum meminit *Exodi* 22. §. 25. tamen generaliter loquitur *Deuteronom. c.* 23. §. 19. quia omnibus prohibendum erat; quo non debebant premi pauperes, tam obſcura diſtinctione pauperis & divitis. jam ob incidentes caſus facile fiebat; ut alioqtiin dives ad tempus egeret. igitur lex quem *pauperem* dixit *d. c.* 22. §. 25. eum *Levitici c.* 25. §. 35. *&* 36. appellat *attenuatum facultatibus*, atque ejus *vacillantem manum confirmari* jubet: nec eo verbo mendicum intelligit aut ſimilem (cui perpetua egeſtate laboranti non mutuum datur; fruſtra enim crederetur pecunia nihil habenti; ſed eleemoſyna datur) verum omnes intelligit qui ob temporariam inopiam quæ eſt communis omnium vitæ, ſubſidio creditæ indigeant pecuniæ. quod mutui & fœnoris proprium eſſe, ſequente oſtendam capite.

Digitized by Google

Sed ut Deus inter Hebræos fœnus prohibuit: ſic inter hos & peregrinos permiſit. An quod vellet gentes inimicas & excidio deſtinatas, ab Hebræis expilari fœnore? forte dices: & quid notius illo Taciti *lib. 5. Hiſtor. c. 5. Apud ipſos fides obſtinata, miſericordia in promptu, ſed adverſus omnes alios hoſtile odium.* Sed illa Judæorum ratio non omnium, ſed malorum, aut ſtultorum, fuit: Dei certe non fuit; etſi videtur Ambroſio, *De Tobia c. 15.* cum ſic ſcribit, *Sed forte dices quia ſcriptum eſt; Alienigenæ fænerabis, & non conſideras quid Evangelium dicat, quod eſt plenius. Sed hoc interim ſequeſtremus, legis ipſius verba conſidera:* Fratri tuo, *inquit*, non fœnerabis ad uſuram: ſed ab alienigena exiges. *Quis erat tunc alienigena, niſi Amalech, niſi Amorrhæus, niſi hoſtis? ibi inquit uſuram exige. cui merito nocere deſideras, cui jure inferuntur arma, huic legitimæ indicuntur uſuræ. Quem bello non potes facile vincere, de hoc cito potes centeſima vindicare te. Ab hoc uſuram exige quem non ſit crimen occidere. Sine ferro dimicat qui uſuram flagitat: ſine gladio & de hoſte ulciſcitur qui fuerit uſurarius & exactor inimici. Ergo ubi jus belli, ibi etiam jus uſuræ.* Sic Ambroſius. Sed noſlem dictum. abeſt enim procul non a veritate tantum, ſed etiam ab honeſtate. atque apud Romanos quoque prohibitum aliquando ſœnus inter cives fuit: inter cives autem & ſocios Latinos non fuit prohibitum: ut ſupra monui ex Livio *lib. 35. c. 7.* nec tamen quiſquam dixerit, id ideo factum fuiſſe, ut ſocios Latinos ſœnore ſpoliarent cives. cur igitur aliud de Hebræis dicemus? quia his indulgetur fœnori dare peregrinis, ſed hoſtibus: quos non dicam ſpoliare, ſed occidere, licet belli jure. Eſto: ſed quæ de ſœnore & uſuris fiunt conventiones, non belli, ſed pacis, & commerciorum, jure celebrantur. igitur ſi ad expilationem ſpectant, & a Gentium jure abhorrent; ut videtur Ambroſio: ne cum hoſtibus quidem fieri poſſunt: quia hi, cum inter ſe contrahunt: non ut hoſtes agunt, ſed ut homines qui utilitatis permutatione invicem ſibi conſulunt; id eſt, jure Gentium utuntur. Sed demus Ambroſio, valere ejus interpretationem, pecunia peregrinis a Judæis fœnori data: quid dicet, ſi contra Judæis fœnori data fuerit a peregrinis? nam & hoc fieri Deus permiſit: ut ſupra dictum. num voluit tum, Judæos a peregrinis viciſſim fœnore debilitari? non dicet Ambroſius: ne contraria voluerit Deus. hoc tamen conſequens fuerit, ſi fœnus ad expilationem pertinet, & Judæis a peregrinis æque, ac peregrinis a Judæis, dari potuit. Ne addam nunc, quod Deus juſſit quidem, fœnus a Judæis dari peregrinis, ſed non utique devotis ob impietatis atrocitatem, ſed quibuſcumque. generaliter enim loquitur: & quamquam Amalechitis atque Amorrhæis & quibuſdam aliis gentibus quæ enumerantur *Deuteronomii c. 7. §. 1. & 2. & c. 20. §. 17. & c. 25. §. ult.* & *Exodi c. 17. ad fin.* publicum indixerit odium: tamen Tyriis, Sidoniis, Ægyptiis, cæteræ denique humanitati, non indixit. Nec tamen ignoro ut hodie, ſic olim fuiſſe quibus placeret, Gentium ſocietatem non natura, ſed pactionibus comparari: belliquc jus eſſe inter quos pax conventione firmatà non ſit: denique, bellum eſſe adquirendi modum maxime naturalem. in qua ſententia Ariſtoteles fuit *lib. 1. De republica c. 8.* mitto Pomponium *l. 5. §. 2. D. de captivis & poſtliminio reverſis.* nam & is hoc vult: cum ſic loquitur, *In pace quoque poſtliminium datum eſt: nam ſi cum gente aliqua neque amicitiam, neque hoſpitium, neque fœdus amicitiæ cauſa factum habemus: hi hoſtes quidem non ſunt: quod autem ex noſtro ad eos pervenit, illorum fit: & liber homo noſter ab eis captus ſervus fit & eorum. Idemque eſt, ſi ab illis ad nos aliquid perveniat.* At hoc etſi illis ſederit, etiam Judæis quibuſdam, videtur Deus in Judaica republica noluiſſe: cum enim *Exodi c. 22. §. 21.* & *c. 23. §. 7.* vetuerit, peregrino vim fieri, aut eum opprimi: & *Deuteronom. c. 27. §. 19.* juſſerit, maledictum eſſe qui peregrini jus pervertat: denique *c. 23. §. 7.* ſic edixerit, *Ne abominare Edomæum, nam frater tuus eſt. ne abominare Ægyptium. nam peregrinus fuiſti in terra ejus:* quid verius eſt, quam cenſuiſſe, Judæis quidem ſocietatem quæ pacto humano fit, cum peregrinis non fuiſſe; ſed quam natura ingeneravit, fuiſſe? ut de Romanis & Faliſcis egregie dixit Camillus, apud Livium *lib. 5. c. 27.* Sed quod de devotis gentibus ſpecialiter cavit Deus, (ut fit in his quæ ſingularem juris rationem habent) ad alias gentes de quibus hoc non juſſit, porrigendum non fuit. magis probanda vel Moſaico jure illa Ciceronis ſententia ex *lib. 3. De officiis. Qui autem civium rationem dicunt habendam, externorum negant: hi dirimunt communem humani generis ſocietatem: qua ſublata, beneficientia, liberalitas, bonitas, juſtitia, funditus tollitur: quæ qui tollunt, etiam adverſus Deos immortales impii judicandi ſunt. ab iis enim conſtitutam inter homines ſocietatem evertunt.* Amplius, quod ad devotas gentes attinet, etſi Deus eis publicum indixerit odium; non tamen infinitum contra eas exerceri imperavit: ſed modo & ratione temperatum. voluit enim, & ipſis offerri pacis conditionem: ſcilicet, ut, ſi vellent, ab imminente pernicie poſſent ſe publica ſervitute liberare *Deuteronom. c. 20. §. 10. & ſeqq.*

Non igitur placet mihi quod Ambroſio, Deum Judæis fœnus, id eſt, rem turpem ac flagitioſam, in peregrinorum necem permiſiſſe. & qui poteſt placere, cui ſanctior eſt Dei reverentia, quam ut in cujuſquam gratiam videatur probare quid ſe indignum? quod ut cadere poſſit in humanos affectus; non poteſt cadere in Deum qui nullis corrumpitur.

At-

Atqui permiſit eidem Populo ex Ægypto egreſſuro, ſpecie commodati furari Ægyptiorum inſtrumenta aurea atque argentea & veſtes pretioſas *Exodi c.* 12. §. 35. *&* 36. quod natura probrum eſſe, non ratio modo, ſed etiam Ulpianus, docet *l.* 42. *D. de verborum ſignificatione*. Sed ne id furtum dicas: non enim ita eſt. magis pignoratio dicenda: qua in compenſationem longæ atque injuſtæ ſervitutis quam regibus ſine mercede præſtiterat Populus, Ægyptiorum res retinebat Gentium jure. Eo enim obtinuit, ut pro hoc quod civitas aut ejus princeps debet, nec præſtat, capi aut retineri poſſint civium bona. nempe, ne aliter interpretantibus, facilis ſit ad injuriam via: eo quod in creditorum poteſtatem rarius veniant bona Principum, qui pauci numero, & interim potentes ſunt; quam bona privatorum qui & plures ſunt & infirmiores. accedit, quod qui ejuſdem ſunt civitatis, ab ea jus ſuum facilius conſequuturi creduntur, quam extranei, ſæpe negligi ſoliti. Hoc igitur, cum ubique gentium fas ac juſtum ſit; cur improbabitur in Judæis qui ex Ægypto diſcedentes, ut liberarent ſe a tyrannide, cum jus ſuum aliter conſequi non valerent ob Regis & poteſtatem & iniquitatem, ſubditorum ejus bona retinuerunt, ut haberent ex quo ad ſuum pervenirent. Atque id velle videtur Tertullianus *lib.* 4. *Adverſus Marcionem c.* 24. his verbis. *Quod ſi & Chriſtus dignos pronuntiat mercede operarios; excuſavit præceptum illud creatoris de vaſis aureis & argenteis Ægyptiorum auferendis. Qui enim villas & urbes operati fuerint Ægyptiis, digni utique operarii mercede, non ad fraudem ſunt inſtincti, ſed ad mercedis compenſationem, quam alias a dominatoribus exigere non poterant*. Quod valde notandum. æque, quod idem Tertullianus *lib.* 2. *ejuſdem operis c.* 20. ſcribit, Ægyptios aliquando per legatos egiſſe de reſtitutione ablatorum; ſed Hebræis contra petentibus præſtitæ æſtimationem ſervitutis, tandem deſtitiſſe a petitione, convictos evidentia æquitatis. Hæc quo pertinent? ut appareat, Deum non permiſiſſe Judæis fœnus, ut eſſet quo peregrinos ſpoliarent: quæ Ambroſii ſententia eſt vilior, quam ut cum majeſtate divinæ legis convenire videatur.

Quid ergo eſt? putem, rationem permittendi inter Hebræos & peregrinos fœnoris non aliam Deo fuiſſe, quam juſtam ac ſanctam: nempe ut Romani duces (quod Plinius obſervat *lib.* 26. *Hiſtor. natur. c.* 4.) primam ſemper in bellis commerciorum habuerē curam: ita rationis erat, inter Hebræos & peregrinos commercia Jure Gentium exerceri. quod ut fieret, ipſorum intererat Hebræorum: cum enim ex devictis hoſtibus ampla ſperarent ſpolia; ex pecore autem quo abundabant, pilum & lanam, cæteraque id genus alia, magna perciperent copia; forte & textrinam aliaſque quas callebant artes exercerent: omnino eſſe oportebat in quos ſupervacuas res quocumque alienationis genere transferrent. jam quæ publice privatimque erant tantæ multitudini, in deſerto præſertim & ſterili loco, neceſſaria, quotidie ex vicinis regionibus apportanda erant. quod ut facerent peregrini, utilitatis & juris communione provocandi erant. atque ea gratia vetuit Deus, peregrino vim fieri, aut eum opprimi *Exodi c.* 22. §. 21. *& c.* 23. §. 7. voluit etiam, maledictum eſſe qui ejus jus pervertat *Deuteronom. c.* 27. §. 19. denique juſſit, cum peregrinis commercia Jure Gentium exerceri; ab iiſque ut emi, vendi, permutari, locari, conduci, ſic fœnori dari & accipi, æquum bonum eſſe: ac ſi cum Hebræis negotiarentur peregrini, atque eis ſub fœnore crederent, quod poterant legibus moribuſque ſuis, voluit, in republica Judaica ſervari pactum de uſuris: & ut par Hebræis domi foriſque jus eſſet, etiam ipſis indulſit, ut ſi peregrinis crederent, ab his uſuras æque ſtipulari ac petere poſſent. eaque prudentia ac juſtitia, rem effecit, dignam admiratione & memoria omnium ſeculorum; ut cum tot millia in ſterilibus & deſertis locis eſſent per tot annos inter tot hoſtes, etſi omnium indigentia, tamen nullo deſtituerentur.

Quo ſenſu accipiendum quod de eorum calceis non attritis, & veſtimentis non inveteratis, legitur *Deuteronom. c.* 29. §. 5. & *c.* 8. §. 4. verba utriuſque loci adſcripſi: quia a multis in alium trahuntur ſenſum. verba ex §. 5. *c.* 29. *Deduxi autem vos quadraginta annos per deſertum: non inveteraverunt veſtimenta veſtra, quin tegumento eſſent vobis, neque calceus tuus inveteravit, quin tegumento eſſet pedi tuo.* verba ex §. 4. *c.* 8. *Veſtimentum tuum non veteravit, quin tegumento ſit tibi: & pes tuus non intumuit ipſos quadraginta annos.* Nec diſſimilis illa locutio huic Juſtini *lib.* 2. quem adſcripſi, quia non memini, ab aliis adferri. verba Juſtini. *Cæterum, ſi regem ſpectes, divitias, non ducem laudes: quarum tanta copia in regno ejus fuit, ut cum flumina multitudine conſumerentur. opes tamen regiæ ſupereſſent.* Pulcher & notabilis locus eſt. non enim vult Juſtinus, quod utique eædem opes quæ ante fuerant, ſupereſſent; ſed quod conſumptæ in uſum belli, etſi infinitæ, tamen aliarum ſubſtitutione non deſiderarentur. quod ſuperioribus Moſis verbis reſpondet. Sic mihi ſedet: nec dubito, an vere. nam quod alii cenſent, Judæos, ex deſerto exeuntes, eadem veſtium calceorumque corpora, atque ipſa non inveterata aut attrita, habuiſſe, quæ habuerant, cum in deſertum venirent, ineptius eſt, quam ut ſapientibus, & ad liquidum veritatem explorantibus, probari poſſit. ratio enim & communis reclamat ſenſus. atque ut demus, neque veſtes, neque calceos attritos quadraginta annis fuiſſe; tamen quis credat, eaſdem veſtes, eoſdemque calceos, infantibus adul-

tiſque conveniſſe? niſi interim non crevere hominum pedes ac membra; aut cum pedibus membriſque calcei veſteſque crevere. atque hoc Judæos affirmare, auctor eſt Hugo Grotius, *ad Deuteronom. c.* 8. §. 4. illud video Salvianum cenſere *lib.* 1. *De gubernatione Dei*; cum ſic infit, *Adde homines in nullis membrorum ſuorum partibus acceſſus, & deceſſus humanorum corporum neſcientes, ungues non auctos, dentes non imminutos, capillos ſemper æquales, non attritos pedes, non ſciſſas veſtes, calceamenta non rupta, redundantem hominum honorem uſque ad induviarum vilium dignitatem.* Sic Salvianus: ſed nugas narrat. ſi enim vera eſſet ejus ſententia, utique conſequens foret, ut qui infantes aut pueri eſſent deſertum ingreſſi, poſt quadraginta annos eodem infantium puerorumque ſtatu habituque ex deſerto egreſſi eſſent: ac cum plerique, ætate prope adulta deſertum ingreſſi, in eo quadraginta annorum ſpatio eſſent mortui, exceptis Joſua & Calebo, *Numer. c.* 14. §. 22. *& ſeqq. Deuteronom.* 1. *& Joſuæ c.* 5. §. 4. *&* 5. *c.* 14. §. 6. *& ſeqq.* item conſequens foret Salviani ſententiæ, ut Populus ex deſerto egreſſus, jam adulta ac ſatis provecta ætate, non alia, quam infantum puerorumque, ſtatura fuerit. quo nihil ineptius dici poteſt. Jam, cum tanto mortalis ævi ſpatio auctus generatione fuerit Populus, etiam neceſſe fuerit, aliter exiſtimantibus, in deſerto natos aut cum veſtibus calceiſque natos eſſe, aut deinde nudos egiſſe. quod ſi, ut eſt, vero propius videtur, his comparatum fuiſſe veſtiarium, quod ante non fuerit; cur in cæteris aliter dicemus? an quæ neceſſitas vel in illis ſtatuendi rem tam abſurdam? nulla. ut enim mittam ſpolia quæ a devictis hoſtibus capere: quis neget, ex pecore cujus ingens in caſtris copia fuiſſe dicitur *Deuteronom. cap.* 3. præter lac, & fœtus, etiam pilum, & lanam, & pelles, percepiſſe? ſed neque veriſimile eſt, tam ignavos, aut ſtultos, fuiſſe homines, rei pecuariæ jam inde a majoribus ſtudioſos, ut uſum materiæ, quam paſſim utilis rebus humanis, tam neceſſariæ, illo præſertim rerum ſtatu, aut neglexerint, aut ignoraverint. Sed is fructus cui vilis aut incognitus eſt? Ulpianus & Paulus *l.* 23. §. *ult. l.* 24. *& l.* 25. *D. de auro, argento, mundo. Veſtis etiam ex pellibus conſtabit. cum & tunicas & ſtragula pellicia nonnulli habeant. argumento ſunt etiam nationes quædam, veluti Sarmatarum quæ pellibus teguntur.* Varro *lib.* 2. *De re ruſtica c. ult. Ut fructum ovis e lana ad veſtimentum, ſic capra pilos miniſtrat ad uſum nauticum & ad bellica tormenta, & ad fabrilia vaſa. neque non quædam nationes harum pellibus ſunt veſtitæ, ut in Getulia & Sardinia. cujus uſum apud antiquos quoque Græcos fuiſſe apparet.* id vero ſi eſt, quid ni hæc apud vicinos, aut advenas mercatores pecunia, aut rebus neceſſariis, permutaverint; paſtorum more de quo Virgilius *lib.* 3. *Georgic. verſ.* 305. *& ſeqq.* & exemplo exercitus Græcorum de quo ita Homerus *Iliados H. ad fin.*

Hinc quidem vinum emebant comati Achivi,
Alii quidam ære, alii autem ſplendido ferro,
Alii vero pellibus, alii autem ipſis vaccis,
Alii autem mancipiis.

Quid, ſi addam, in Hebræorum caſtris fuiſſe qui veſtes texerent? non enim poteſt negari, quod Moſes refert *Exodi cap.* 25. 26. *&* 28. *item cap.* 35. 36. 37. 38. 39. fuiſſe in his omnis generis artifices qui, ne de aliis dicam, ſanctum tabernaculum, ejuſque inſtrumenta, & præterea ſacerdotum veſtes atque ornamenta, fecerint. imo Moſes *c.* 35. §. 25. ſcribit, ſingulas mulieres induſtrias, neviſſe manibus ſuis, atque attuliſſe netum hyacinthinum, & purpureum, & coccineum dibaphum & xylinum. & §. 26. etiam mulieres induſtrie neviſſe lanam caprarum. & *c.* 39. §. 22. ait, artifices feciſſe pallium amiculi, opere textili, totum hyacinthinum: & §. 27. feciſſe tunicas illas e xylino, opere textili, Aharoni & filiis ejus.

Sed ut hoc agamus, cum lex fœnebris a Moſe ſit tantum ob civilem utilitatem lata; apparet, eam neque omnium gentium, neque æternam fuiſſe: ſed propriam populi Judaici; atque hoc ſublato, eſſe deſiiſſe: perinde ut cæteræ deſiere leges quæ ejus reipublicæ fuere.

At, inquies, auctor *Pſalmi* 15., & Ezechiel *c.* 18. eam legem magis ad bonos mores humani generis, quam ad jus civitatis Judaicæ, referunt: virum bonum definientes ab eo quod pecuniam ſuam non collocat fœnori. Niſi oportet utrumque accipi ex jure Moſaico. nempe, ut vir bonus ſit in Hebraica republica Judæus, non qui nulli, ſed qui Judæo, non dat fœnori: etſi peregrino det. ſic enim locuta lex Dei. quæ cum mutata non ſit, ſtante republica, cur valere prohibeatur? proinde vereor, ut aſſentiri poſſim Hieronymo *lib.* 6. *in Ezechielem c.* 18: cum ſic diſſerit, *Et ad uſuram non commodaverit: ſive ut LXX. tranſtulerunt: pecuniam ſuam ad uſuram non dederit. in Hebraico cunctarum ſpecierum uſura prohibetur. in LXX. tantum pecuniæ. juxta quod & in quarto decimo pſalmo ſcriptum eſt: Qui pecuniam ſuam non dedit ad uſuram. Et quomodo dicitur: fratri tuo non fœnerabis: alieno autem fœnerabis. Sed vide profectum: in principio legis a fratribus tantum fœnus tollitur: in propheta ab omnibus uſura prohibetur dicente Ezechiele: Pecuniam ſuam non dedit ad uſuram. Porro in Euangelio virtutis augmentum eſt, præcipiente domino: Fœneramini his a quibus non ſperatis recipere.* Idem dixerim de Hugone Grotio, inclyto & præſtante viro, cum *De jure belli & pacis lib.* 2. *c.* 12. §. 20. ſic ſcribit, *Sufficere nobis debet lex a Deo Hebræis data quæ vetat Hebræos Hebræis pecuniam dare fœnori. Eſt enim hujus legis materia, ſi non neceſſaria, certe honeſta moraliter, unde & aliis maxime moralibus annumeratur Pſalmo qui apud Hebræos*

eſt

eſt decimus quintus, apud Latinos decimus quartus, & apud Ezechielem capite decimo octavo. quæ autem hujus generis ſunt, Chriſtianos quoque obligant, quippe vocatos ad majora virtutum ſpecimina: & quæ tunc officia homini Hebræo aut alioqui circumciſo (nam hujus cum Hebræo par cauſa erat) præſtari jubentur, ea nunc præſtanda ſunt homini cuivis, omni populorum diſcrimine per Euangelium ſublato, latiuſque extenſo proximi intellectu. Eſt tamen quod mireris, potuiſſe egregium illum virum ad hanc decurrere ſententiam: quum præſertim ei contraria ſcripſerit, *Annotationibus ad Lucam cap. 6.*

Caput XI.

Chriſti verbis, apud Lucam c. 6 §. 35. & Matthæum c. 5. §. 42. non prohiberi fœnus, *ſive* uſuram: *ſed in his ſermonem eſſe de* mutuo, *id eſt, de* ſorte, *eaque* gratuita. Peccatores & ſtulti *pro* populo. *Chriſtum nec mutuum, nec alios juris Gentium contractus, nec judicia, tollere: ſed humanitatem, ad quam Moſaica pergebat lex, intendere adverſus fori calumnias quibus peſſime laxabatur a Juriſconſultis Hebræis. ſimilis Senecæ & Ciceronis ratio. mos vetus patrumfamilias, cum moroſorum, tum benignorum, in credendis pecuniis, ex Plutarcho, Ulpiano, Chryſoſtomo, Seneca. ad hunc morem reſpicere illud Domini,* Mutuum date nihil inde ſperantes. *Dominum non loqui proprie, ſed uti hyperbole: quamquam non, ut quod in re extremum ſit, aſſequatur; ſed quod intra modum conſiſtat eum in præcipiendo eſſe ſapientum morem, oſtenſum inſigni Senecæ loco. eam hyperbolem non vidiſſe Auguſtinum. Dominum fœnus inter Judæos & Gentiles non ſuſtuliſſe: nec inter eos qui ſalutarem ejus diſciplinam amplectuntur: modo, ſi civili ipſorum lege non prohibeatur fœnus. Ambroſii error. non peccaſſe Imperatorem Juſtinianum; cum in Pandectis & Codice ſervavit Titulum de uſuris: neque cum ejus rei pœnituiſſe.*

At enim Chriſtus ſic apud Lucam præcipit *c.* 6. §. 35. *Et ſi mutuum dederitis iis a quibus ſperatis vos recepturos quæ gratia erit vobis? nam & peccatores peccatoribus dant mutuum, ut recipiant paria. imo diligite inimicos veſtros, & iis bene facite, & mutuum date, nihil inde ſperantes: & erit merces veſtra multa, ac filii eritis illius altiſſimi.* Sed videamus: ne Chriſtus non de uſuris loquatur; ſed de ſorte ſeu capite: & quod mutuum dicit, non fœnebre, ſed gratuitum, ſit. reſpicit enim divinus ejus ſermo ad legem Moſis de qua ſuperiore dixi capite: nec ſit apud Gentiles & Judæos; inter quos licitum erat fœnus, probante lege: ſed apud Judæos, inter quos etſi mutuum permitteretur, fœnus tamen lege prohibebatur. accedit, quod Chriſtus ait, *peccatores peccatoribus dare mutuum, ut recipiant paria:* hoc vero quid eſt; niſi mutuum quod alter alteri de populo det? nam *peccatores* a Domino dicuntur qui Stoicis *ſtulti* appellantur: id eſt, populus, ut apud Perſium *ſat.* 5.

> *Non Prætoris erat, ſtultis dare tenuia rerum*
> *Officia, atque uſum rapidæ permittere vitæ.*

apud Auſonium quoque, *Ludo ſeptem Sapientum* p. 86.

> *Bias Prieneus dixit,* οἱ πλεῖϛοι κακοὶ:
> *Quod eſt Latinum, Plures hominum ſunt mali.*
> *Sed imperitos ſcito quos dixit malos.*

Porro *mutuum* Cicero *lib.* 5. *Ad familiar. epiſt.* 2. ita definit, *Quod ita ſcribis pro mutuo inter nos animo, quid tu exiſtimes eſſe in amicitia mutuum, neſcio. equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.* Vult igitur Chriſtus, Judæum, ſi mutua indigeat pecunia, a Judæo adjuvari: ſive is ſperet, ſortem quam dederit recipere: ſive ei recipiendæ ejus ſpes non ſit. atque id Matthæus probat *c.* 5. §. 42. referens enim idem Chriſti præceptum, id ſic enuntiat, *Petenti abs te dato, & volentem a te mutuari, ne averſator.* ad eumque locum ita ſcribit Johannes Chryſoſtomus, *Homil.* 18. *in Matthæum, Hic vero mutuum non uſurarium illud fœnus appellat, ſed ſimplex beneficium commodandi. alibi vero id ipſum intendit, illis dicens eſſe tribuendum a quibus nihil nos recepturos putemus.* Quod & Moſes ante juſſerat *Deuteronom. c.* 15. §. 7. *& ſeqq.* id vero non huc pertinet, quaſi improbet Chriſtus mutui repetitionem, etiamſi debitor quod ei mutuum datum ſit, ſine incommodo ſuo reſtituere poſſit. nam nec Moſes hoc voluit *d. loc.* & veriſſime Seneca *De beneficiis lib.* 3. *c.* 14. *Æquiſſima vox eſt, & jus Gentium præferens, Redde quod debes.* Quid quod Chriſtus, §. 30. *d. c.* 6. *Lucæ,* ſimiliter ait, *Cuivis petenti abs te da; & ab eo qui tollit res tuas, ne repetito.* nec tamen emptionem venditionem, aut permutationem, aut judicia, prohibet: non enim vult abolere conjunctionem humanæ ſocietatis: neque jura & obligationes quæ ad ejus conjunctionem referuntur. nil opus argumentis: ipſe id oſtendit Chriſtus, *Mat-*

thæi

thæi cap. 5. §. 17. profeſſus, ſe non veniſſe, ut legem diſſolveret; ſed ut impleret. eſt igitur ei negotium, intendere humanitatem aliquanto remiſſam falſis ac calumnioſis fori interpretationibus; & quod adſtringendo ejus vincula ſit, hominibus commendare. nempe, ut faciles, ut benignos, ut æquos, ſe præbeant in contractibus, in judiciis, denique in omni vitæ colore; tantum quod paci facit quæ hominibus optima ſit, & Deo gratiſſima, & ſine benignitate ac facilitate haberi nequeat. vult igitur, homines contractibus, obligationibus, ac jure uti, ſed non abuti: neque legis anguſtias ſequi ad aviditatem aut malitiam explendam; ſed legis rationem, ad utilitatem humanæ ſocietatis reſpicientem, expulſa acerbitate atque avaritia; fere ad eumdem modum, quo Seneca, *lib.* 2. *De ira c.* 27. ait, *Quam anguſta innocentia eſt, ad legem bonum eſſe? quanto latius officiorum patet, quam juris regula? quam multa pietas, humanitas, liberalitas, juſtitia, fides exigunt, quæ omnia extra publicas tabulas ſunt?* Sic Seneca: etiam Cicero, *lib.* 2. *De officiis c.* 18. verba Ciceronis. *Convenit autem cum in dando munificum eſſe, tum in exigendo non acerbum: in omnique re contrahenda, vendendo, emendo, conducendo, locando, vicinitatibus & confiniis, æquum & facilem; multa multis de jure ſuo cedentem: a litibus vero; quantum liceat, & neſcio, an paulo plus etiam quam liceat, abhorrentem. Eſt enim non modo liberale, paullum nonnunquam de ſuo jure decedere, ſed interdum etiam fructuoſum. habenda autem eſt ratio rei familiaris, quam quidem dilabi ſinere, flagitioſum eſt: ſed ita, ut illiberalitatis, avaritiæque abſit ſuſpicio.* Vides egregia veteris ſapientiæ præcepta, a naturali ratione, id eſt, divinis fontibus, profluentia, & ideo totius humanitatis communia. ea ubi commendat Chriſtus, cum ait, *Mutuum date, nihil inde ſperantes*; non tollit inter Judæos mutuum, id eſt, ut A. Gellius, *lib.* 20. *Noct. Attic. c.* 1. ait, *ſubſidium hoc inopiæ temporariæ quo communis omnium vita indiget.* non etiam vult, ex mutuo actionem ceſſare: (quotus enim quiſque eſſet mutuum daturus; ſi non eſſet habiturus repetitionem) ſed vult, quod eſt humanæ ſocietati conſequens, & lex Moſaica intendit, ut Judæus erga Judæum, jure ſuo, ſed benigne, utatur. prorſus, *ut nomina facturus non diligenter in patrimonium & vaſa debitoris inquirat.* quod alioquin prudentis creditoris eſſe, ſcribit Seneca, *lib.* 1. *De benefic. c.* 2. etiam Plutarchus, *De vitando ære alieno.* verba ſunt, *Egeno pecuniam nemo credit, ſed iis qui ſibi copiam aliquam parare volunt, teſtemque & ſponſorem habent, eſſe ſe quibus tuto mutuum committatur.* Sed & Ulpianus *l.* 42. *D. Mandati vel contra.* verba Ulpiani, *Tantumdem & ſi tibi mandavi, ut vires excuteres ejus cui eram crediturus, & renuntiaveris, eum idoneum eſſe.* Johannes quoque Chryſoſtomus, *Homilia* 57. *in cap. Matthæi* 17. tom. 1. pag. 503. *Quid enim difficilius quam fœnerari & pro uſuris vel hujuſmodi commutationibus vehementer ſollicitum vades quærere, & modo de pignoribus, modo de ſorte, nunc de tabulis, nunc de uſuris, nunc de vadibus ipſis formidare? in his enim ſecularibus etiam ſubtilis fidejuſſionum ſecuritas ſuſcepta fragilis eſt.* Sed eo, unde cœpit, redit interpretatio. dixi Chriſti ſenſum eſſe, oportere Judæum, ſi quem Judæum mutuo adjuvare poſſit, ei ſe paratum præbere, quamvis periculo ſortis: hoc enim hominis & benigni & liberalis eſſe, cum illud moroſi & duri ſit. de utroque Seneca, *epiſt.* 119. verba Senecæ. *Opus erit tibi creditore, ut negotiari poſſis, æs alienum facias, oportet. ſed nolo, per interceſſorem mutueris, nolo, proxenetæ nomen tuum jactent. paratum tibi creditorem dabo.* Similiter ſi quod datum ſit mutuum, recipi poſſit ſine incommodo debitoris, voluit Chriſtus, ut reciperetur; ſin minus, noluit ut inhumane repeteretur.

Habes Chriſti ſenſum, pulchrum & clarum: utique, ſi addam, eum, cum ait, *Mutuum date, nihil inde ſperantes*, non proprie loqui; ſed Hyperbole uti: non ut obtineat quod in re extremum ſit: ſed ut quod intra modum conſiſtat, aſſequatur: ratione præcipiendi ſapientibus uſitata: quam Seneca indicat, *lib.* 7. *De beneficiis cap.* 22. & 23. cujus verba, etſi plura ſint, adſcripſi; ut res elegans, nec ſatis obſervata, aliquanto conſpectior ſit. verba Senecæ. *Errat tamen, ſi quis exiſtimat, cum diximus eum qui beneficium dedit, oblivíſci oportere, excutere nos illi memoriam rei præſertim honeſtiſſimæ. quædam præcipimus ultra modum, ut ad verum & ſuum redeant. cum dicimus, Meminiſſe non debet. hoc volumus intelligi, prædicare non debet, nec jactare, nec gravis eſſe. Quidam enim beneficium quod dederunt, omnibus circulis narrant. hoc ſobrii loquuntur, hoc ebrii non continent: hoc ignotis ingerunt, hoc amicis committunt. Ut hæc nimia & exprobratrix memoria ſubſideret, oblivíſci eum qui dedit, juſſimus, & plus imperando, quam præſtari poterat, ſilentium ſuaſimus. Quoties parum fiduciæ eſt in his quibus imperas, amplius eſt exigendum, quam ſatis eſt, ut præſtetur quantum ſatis eſt. In hoc omnis hyperbole extenditur, ut ad verum mendacio veniat. itaque qui dixit.*

Qui candore nives anteirent, curſibus auras:

quod non poterat fieri, dixit: ut crederetur quantum plurimum poſſit. Et qui dixit,

His immobilior ſcopulis, violentior amne:

ne hoc quidem ſe perſuaſurum putavit, aliquem tam immobilem eſſe, quam ſcopulum. Nunquam tantum ſperat hyperbole, quantum audet: ſed incredibilia affirmat, ut ad credibilia perveniat. Cum dicimus, qui beneficium dedit, oblivíſcatur: hoc dicimus, ſimilis ſit oblito: memoria ejus non appareat, nec incurrat. Cum dicimus, beneficium repeti non oportere, non ex toto repetitio-

ſitionem tollimus: ſæpe enim opus eſt malis exactore, etiam bonis admonitore. Quid ergo? occaſionem ignoranti non oſtendam? neceſſitates illi meas non detegam, quare neſciſſe ſe aut mentiatur aut doleat? interveniat aliquando admonitio, ſed verecunda, quæ non poſcat, nec in jus vocet. Vides Hyperbolen qua in docendo ſapientes uti, dixi; eorumque exemplo Chriſtum uſum eſſe. quam cum non animadverteret Auguſtinus; apparet, quid habendum ſit de illo, *Homilia* 48. *Quem quæris; unde creſcat pecunia? Hominem quæris; qui quando accipit, gaudet; quando reddit, plangit; ut accipiat precatur; ne reddatur, calumniatur. Da quidem homini, & noli avertere faciem tuam ab eo qui mutuo petit, ſed accipe, quantum dediſti: nam & beneficium perdidiſti. Et ſi hoc ipſum quod daturus es, exigatur, forte ad manum non habet unde reddere poſſit: pertuliſti petentem, expecta non habentem. Noli clamare & dicere. Numquid fœnus quæro? Tantum peto quantum dedi, hoc recipiam. Non es mentitus, verum dicis: non es fœnerator, & vis cui dediſti quærat fœneratorem, ut tibi reddat. Sed ſi propterea fœnus non exigis, ne te fœneratorem judicet Deus, premis, ſuffocas, exigis: ſi tantum exigis quantum dediſti, ſuffocando tamen & in anguſtiis retinendo, beneficium non præſtitiſti, ſed majores anguſtias intuliſti. Sed forte dicis, Habet unde reddere poſſit. Habet poſſeſſionem, vendat. Frater tuus quando a te petiit, ideo petiit ne venderet, propterea non fecit, quia ſubveniſti, ne fieret. Hoc vult Deus, hoc jubet Deus.*

Cæterum ut Chriſtus inter Judæos non ſuſtulit mutuum; ſic inter eos & Gentiles non ſuſtulit fœnus: quia neque inter eos ſolvit legem quam Moſes iis poſuit ex jure Gentium. quin, cum ſermo ei eſt de aliis, quam Judæis, neque improbat rationem augendæ rei familiaris per fœnus: ut liquet ex Matthæo *cap.* 25. & Luca *cap.* 19. Adhuc igitur potuit tum Judæus, non invita Chriſti doctrina, fœnus Gentili dare, & Judæo Gentilis ſeu extraneus; ſaltem, ſi civile eſſet, nec modum humanitatis egrediens. id enim ante licuit, non ſolum Gentium jure, ſed & Moſis lege: quæ etſi fœnus inter eos permiſit, tamen peregrinum a Judæo opprimi vetuit; & neceſſe autem fuit, perdurare jus quod deinde mutatum non eſt. ſimiliter dicendum eſt, his qui ſalutarem Chriſti ſectam amplectuntur, hodie non prohiberi fœnus; modo ſi ipſorum civili lege non improbetur: quia verum eſt, leges civiles quas reipublicæ Judaicæ poſuit Deus, ad alias quarum alia ſit utilitas, non pertinere. Quod ſi eſt; vereor, ne fugiat Ambroſium ratio, *De Tobia cap.* 14. cum in Romana republica & apud Chriſtianos ita diſſerit, *Audiſtis fœneratores! quid lex dicat, de qua dixit dominus: Non veni legem ſolvere, ſed adimplere. Quam dominus non ſolvit, vos ſolvitis?* Item, *Noli ab eo exigere amplius, a quo durum eſt repetere quod dederis, niſi cum habuerit, unde ſolvat.*

Verius & ſapientius Imperator Juſtinianus, cum uſuras ſuis Titulis ſervavit in Digeſtis & Codice: ſed non effrenes, nec liberas; ſed probabili modo ac fine circumſcriptas, denique a tenore Juris Gentium & communi utilitate non alienas. ei ſane rei quod melius adferam argumentum, quam uſum, optimum legum cenſorem: qui uſuras reduxit; poſtquam Leonis Piloſophi pater eas damnaverat; motus inani pietatis ſpecie qua eum deceperat levior, quam deceret juris conditorem, cum humanarum rerum, tum ſacrorum voluminum, contemplatio. ſed non alio eventu, quam ut mox patris legem abrogare cogeretur filius; cauſatus, non modo non utilem, quod intenderat legislator, ſed noxiam, fuiſſe *Novella Leonis* 83.

Illud vix eſt notatu dignum quod Accurſius arbitratur, *ad auth. adhæc C. de uſuris*; etſi Antonius Faber, *ad l.* 13. §. 26. *D. de actionibus empti & venditi*, aut probat, aut non refellit, etiam Juſtinianum tandem piguiſſe uſurarum *Novell.* 131. *c.* 1. ubi profitetur, ſe Nicænæ decreta Synodi, ejuſque dogmata, ſicut ſacras ſcripturas, accipere, & regulas, ſicut leges, obſervare: nam, ut ſupra monui, ea Synodus uſuras coërcet non omnium hominum, ſed Clericorum: quibus & alia Canonico prohibentur Jure, aliis hominibus non interdicta.

Caput XII.

Mores rigorem Juris Canonici circa uſuras inflexiſſe ad æquitatem Juris Gentium, non omnino improbantibus ejus Juris Interpretibus.

Potius addiderim, mores etiam Pontificias Conſtitutiones, quibus tam ſevere prohibitas fuiſſe uſuras, ſupra monui, in poteſtatem ſuam redegiſſe: inventis verborum fraudibus, quibus, remiſſo juris rigore, res ad naturæ æquitatem reduceretur. ex multis unam aut alteram, exempli cauſa, attuliſſe contentus ero.

Homines, credita pecunia, ne quid contra Pontificias facerent Conſtitutiones, nec interim ſterilem ſibi eſſe ſinerent pecuniam, cujus uſum aliis indulgerent, non fœnus, neque uſuram, ſtipulabantur; (quippe quia pro officio ſine alia juſta cauſa credebatur dari, contra formam mutui quod natura gratuitum eſſe voluerit) ſed ſtipulabantur, pecu-

niam ſibi dari pro repenſando damno quod pati, item pro lucro quo carere, videbantur, ob id quod utendam dediſſent pecuniam. quod quia non ad officii, ſed ad ejus quod intereſt, repenſationem reſpiciebat, juſtiſſime defendi, Couvarruvias ſcribit *lib.* 3. *Var. reſol. c.* 1. *n.* 2. *verſ. hinc. juſtiſſime.* addit quoque *c.* 4. *n.* 5. creditorem in ingreſſu contractus mutui poſſe cum debitore paciſci de eo quod ſua non in damno tantum, ſed in lucro quoque, interſit, etiam ante moram. eamque opinionem, licet quidam diſſentiant, plurium calculo firmari. nec abhorret ab hac ſententia Hugo Grotius *lib.* 2. *De jure belli & pacis c.* 12. §. 21. ait certe, eſſe quæ ad uſuræ ſpeciem accedant, ac vulgo uſuræ eſſe videantur; cum tamen ſint pacta generis alterius. & exemplum ponit in conventione de repenſando damno quod faciat qui pecuniam det mutuam, eo quod diu pecunia careat: item de lucro ob mutui dationem ceſſante, deducto ſcilicet incerto ſpei & labore qui ſubeundus fuerit: ſic etiam pro impenſis ejus qui multis det mutuam pecuniam, & in hoc paratam habeat, & pro periculo amittendæ ſortis, ubi idonee non caveatur. obtinuit igitur, conventionem de uſuris diſtingui ab ea quæ ad id quod intereſt refertur: alteram Pontificio improbari Jure: alteram non æque. At ſub colore ejus quod intereſt quid aliud, quam fœnoris uſuræque vis ac poteſtas, comprehenditur? cum præſertim verum ſit, uſuram ac fœnus non cum officio, ut ex adverſo dicitur, ſed cum uſu ſortis, permutari: etſi fatear, ea inter extraneos agere, fœnerata pecunia, quod in mutuo inter neceſſarios facit officium: ſicut merces in locatione & conductione inter extraneos agit, quod in commodato aut mandato inter neceſſarios agit officium: nec idcirco quiſquam dixerit, locata re aut opera, mercedem pro officio dari; ſed pro uſu rei aut operæ. ſed hoc ex ſupra dictis apparet: ſimul, inani Juris interpretatione ſervari Pontificum verba, mentem ac ſententiam circumveniri. quamquam nec ſic adſpirare potuit Jus Canonicum ad humanitatem Juris Civilis. potius ſub ea fraude lucrum uſuris invenit longe majus. Jure enim Civili uſuræ non in infinitum permiſſæ fuere; ne ſub ſpecie quidem ejus quod intereſt: ſed duntaxat uſque ad certum ac probabilem modum: ut infra demonſtrabo *lib.* 2. *c.* 3. 5. & 6. cum contra æſtimatio ejus quod intereſt, credita pecunia, Jure Canonico nullis finibus coërceretur: ut egregie obſervavit Carolus Molinæus *tract. Commerc. & uſurar. n.* 75. *& ſeqq.* & ante eum Andreas Alciatus *ad l.* 121. *D. de verborum ſignificatione.* Id tamen ne liceret avaritiæ, placuit legibus moribuſque regionum, etiam in hac parte humano generi conſulere, poſitis finibus quibus æſtimatio ejus quod intereſt, pecunia credita, circumſcriberetur: auctore Hugone Grotio, *Introduct. ad Juriſpr. Batav. p.* 3. *c.* 10. *ad fin.* & Johanne a Sande *lib.* 3. *Deciſ. Friſ. tit.* 14. *diſin.* 3.

Fuit & alia ratio diſſimulandæ uſuræ ſub imagine emptionis & venditionis, maxime adjecto pacto de retro vendendo: ecce, a me petis mutuam pecuniam, & ut accipias, non uſuras offers ob Pontificiæ metum Conſtitutionis: ſed cum habes fundum ex quo tanti quotannis ſint reditus, quantæ uſuræ creditæ pecuniæ; ais, velle, hunc vendere ea pecunia quam petieras mutuam: ita ut, quoties viſum tibi fuerit, tibi jus ſit, fundum redimere. emo, pretium ſolvo, fundum tradis, fructus percipio: redimis fundum, recipio pretium quod dedi, fructus quos interim percepi, retineo. eſtne uſurarius contractus? non eſt: quia non eſt mutuum in quod proprie uſura cadit; ſed emptio venditio: ex qua fructus percipio, non quaſi pecuniæ uſuram, ſed quaſi fundi mei utilitatem: neque repetere poſſum ſortem meam, etſi reſtituere poſſis: tantum vindicandi fundi mei facultatem habeo. ſic Ludovicus Molina, *De juſtitia & jure tract.* 2. *diſput.* 320. *n.* 4. *pag.* 121. ex communi Doctorum ſententia: addit præterea, Cajetanum recte admonere, eos qui a Principibus aliquas civitates pignori accipiunt pro pecunia qua Principes indigent, ſi abſque uſuræ vitio, reſtitutioniſque onere, velint fructus earum ſuos facere, nec hos in ſortem imputare, debere eas civitates ea pecunia emere ſub pacto de retrovendendo, eaque via fructus jure ſuos facturos. Sic ille; nec male, quoad juris ſubtilitatem. ſed ſi rerum ſimplicitatem, denique, id quod agitur, putes: tu frueris ſorte mea, ego fundo tuo: ne ſterilis mihi ſors ſit; cum tibi utilis eſt. uſurarius igitur contractus eſt; ſed qui latet ſed colore emptionis venditionis.

Idem dicendum de annuis reditibus qui ex permiſſu Martini v. & Calixti III. *Extravag. comm. c. regimini, de emptione & venditione*, ex fundis vel ædibus certa pecunia ſolent emi ſub pacto de retro vendendo: ut præclare oſtendit Jacobus Curtius, *tom.* 1. *lib.* 3. *Conjectur. c.* 29.

Quid, ſi Canonici Juris Interpretes etiam uſuras, at modeſtas, exigi accipique poſſe exiſtiment? itane? nihil verius. ubi? quum mutuum non ſponte creditoris, ſed juris neceſſitate, contrahitur. exemplum eſt, ſi ſubditi cogantur mutuum dare, mandante Principe, vel republica, ob ſævitiam belli, pro alendis exercitibus aut præſidiariis militibus. quam ob cauſam? quia non exitus fœnebris pecuniæ peccatum facit, ſed voluntas mutuantis pecuniam ſub improba ſpe uſuræ, atque ea offendendi proximum: quæ nulla ſit coacti mutuari. non enim vult is Principi mutuam dare pecuniam, atque ex ea uſuras per-

percipere cum læſione pietatis quam proximo debeat. nec igitur vult peccare contracto fœnore: ſed a Principe, ut pecuniam credat, invitus cogitur. poteſt igitur ſine peccato ac reprehenſione pro pecunia qua invitus careat, uſus pretium accipere. aliter, ac ſi ſponte dediſſet mutuum in quo uſuræ prohibitæ ſint. Sic poſt Vaſquium, & Dominicum Sotonem, clare definit Andreas Gail *lib. 2. Practic. obſerv. c. 5. n. 17. & 18.* & allegat *l. ſi quis nec cauſam 4. D. de rebus creditis, ſi certum petatur:* eamque notabilem vocat.

Idem cenſet Franciſcus Hotmanus, *Diſp. De fœnore c. 1. tom. 1. oper. pag. 794. col. 2.* ſi heres legatarii, aut tutor pupilli, aut ſocer generi, pecunia uſus ſit cum damno creditoris: & cauſam adfert; ea cauſa eſt, quod tum creditor petit ſuæ pecuniæ uſum, quem debitor eo invito habuit. quid, ſi fœnerator mutuum dando & rem & ejus uſum volens transferat in debitoris dominium? contra cenſet Hotmanus: quia debitorem jam ſua pecunia uti, ſe invito, queri non poteſt. & tamen, quod mireris, ſi quis in mutuo uſuram ſtipuletur, adhuc ait Hotmanus *Diſput. De uſuris c. 6. pag. 769. tom. 1.* quoties quærit & captat occaſionem faciendi lucri ex nuda pecunia quam alii mutuam dat, fœnerari proprie dici, quaſique fœtum ex ipſis nummûm corporibus captare, eumque eſſe quæſtum quem & Ariſtoteles & omnes boni vehementer improbant. quoties vero neque propoſitum fœnerandi habet, (ut is de quo Ulpianus loquitur in *l. 4. D. Si cert. pet.*) & tu empturus prædia deſideraveris mutuam pecuniam, ſi petat uſuras quæ dumtaxat compenſant damnum quod ea re percepit, dum caruit uſu ſuæ pecuniæ, quoniam illæ non petunt ex ipſa pecunia fructum, ſed quodammodo uſum, aut certe uſus pretium & æſtimationem: neminem verum & intelligentem rerum æſtimatorem eam petitionem improbaturum. Verum ubi hic habet debitor uſum pecuniæ creditoris, eo invito? ſi fides Hotmano *d. Diſput. De fœnore c. 1. p. 794. col. 2.* eſt copioſa ex ſuperioribus reſponſio: nam, cum creditor non ſui commodi, ſed debitoris juvandi, cauſa dat mutuum, idem eſſe opinatur, ac ſi invito ipſo debitor ejus pecunia uteretur: ſcilicet, quia invitum hic accipimus, non ſolum qui vi adactus ſit, ſed eum etiam qui id non adpetat aut non adſectet: ſed contra ſuum ipſius emolumentum, rei familiaris commodo repugnante, patiatur. nam neque pupillo omnino invito tutori ejus uti pecunia permitti *l. quoties 9. D. de admin. tut.* neque herede, ei legatario, cui uſus pecuniæ ad certum tempus relictum eſt *l. 3. §. ult. D. de ann. legat.* ſatis eſſe enim, modo uſuras creditor non ob ſuum ſolius quæſtum & lucrum petat, ſed ad id damnum quod ea re percepit, quia uſu ſuæ pecuniæ caruit, compenſandum: invito igitur creditore fieri dici, cum aliter ſeſe rem habere pro ſuo ipſius emolumento cuperet. ex quo ipſo apparere, creditorem, cum uſuram petit in mutuo, etſi uſum quidem pecuniæ, ut in legato aut fideicommiſſo, aut ejus uſus æſtimationem non conſequatur, cum tamen damni compenſationem & id quod ſua interſuit petat, rem ad ſe jure pertinentem petere. contra, fœneratorem qui ſui lucri cauſa quærit cui det pecuniam, & cupere uſu ejus carere, cumque alteri concedere, neque queri poſſe, ſua intereſſe quod uſu ſuæ pecuniæ caruit, neque ullam damni compenſationem petere. atque hanc quidem diligenter obſervandam eſſe differentiam, momentoque ſuo ponderandam ex *l. 4. D. Si cert. petat.* adeo enim odioſam eſſe cauſam ejus qui animo & propoſito fœnerandi occaſionem mutuo dandi pecuniam quærit: ut mutuum ab eo depoſitum, ejus tantum, non etiam recipientis, periculo pereat. Sic Hotmanus.

Sed nugas agit. diſcrimen certe quod & ipſe & Gailius petit ex Ulpiano *d. l. 4.* numquam ſomniavit Ulpianus: non etiam putavit is, quod Hotmanus ait, odioſam eſſe ejus cauſam, qui fœnoris propoſito occaſionem mutuo dandi pecuniam quærit: multo minus voluit, eo odio fieri, ut mutuum, ab eo depoſitum, qui fœnerandi propoſitum habet, ejus tantum, non etiam recipientis, periculo ſit. ſolum dixit, *ſi quis nec cauſam, nec propoſitum fœnerandi habuerit, & tu empturus prædia, deſideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditæ nomine, antequam emiſſes, ſuſcipere, atque ita creditor, quia neceſſitatem forte proficiſcendi habebat, depoſuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut ſi emiſſes, crediti nomine obligatus eſſes, hoc depoſitum periculo eſſe ejus qui ſuſcepit.* optima ratione. nam qui non habebat fœnerandi aut cauſam aut propoſitum, pecuniam depoſuit in ſolius uſum depoſitarii, atque hunc non ſtatim capiendum, ſed cum ei videbitur, emptis deinde prædiis. etſi autem depoſitæ rei periculum ad deponentem ſpectet, cum is habuit deponendi cauſam ob propriam utilitatem; ut plerumque fit: tamen hoc depoſitum depoſitarii periculo eſt; quia deponens qui non habebat cauſam aut propoſitum fœnerandi depoſitam pecuniam, non poteſt intelligi, habuiſſe cauſam aut animum eam deponendi ad ſuam, ſed ad depoſitarii dumtaxat, utilitatem. Non igitur debuit aut Hotmanus aut Gailius ab Ulpiano *d. l. 4.* petere diſcrimen aut odium quod ipſe non vidit Ulpianus. ac ſi rem ſpectes, quid eſt, cur aut juſtior, aut minus odioſa, videatur uſura ejus qui non habuit fœnerandi propoſitum, quam ejus qui habuit? imo, quid ni qui habuit fœnerandi animum, & petenti pecuniam fœnori ſtatim dedit, præferendus ſit ei qui hunc animum non habuit; & quidem fœ-

nori dedit, ſed non ante, quam diu multumque rogatus eſſet? ille enim voluit ſibi & alteri prodeſſe credita ſub honeſta mercede pecunia; atque ultro ſe paratum præbuit: quod juri humanæ conjunctionis conſequens eſt. iſte contra noluit alteri prodeſſe, ne ſub uſuris quidem; etſi jure gentium teneretur: ſed ut vellet, non modo honeſto illo & ſolito lucro, verum etiam precibus, diu multumque fatigandus fuit. Sed & illa diſputationis pars qua *volens* & *invitus* definitur creditor, tam manifeſte a ſe diſſidet, ut liqueat, vacillantem ſententiam non a ratione, quæ ſemper eadem eſt, ſed ab errore, proficiſci. an quid magis ſibi contrarium, denique abſurdius, dici poteſt? quam creditorem volentem contrahere, & tamen invitum appellari, non aliam ob cauſam, quam quod debitoris rogatu aut ſuaſione ad contrahendum inducitur; cum ante cauſam aut propoſitum contrahendi non haberet? Sed difficile eſt, ut verum videat cujus animus ſuperſtitione tenetur.

GERAR-

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

DE

FOENORE ET USURIS,

LIBER SECUNDUS.

Caput I.

Veterem ſolvendarum uſurarum rationem plerumque menſtruam fuiſſe, interdum annuam. non eſſe verum quod de dilatione, a Kalendis ad Idus dari ſolita, doctiſſimi dixerunt homines: nec id Horatium aut Ciceronem velle. vetus Inſcriptio emendata, deque ejus intellectu qualis qualis conjectura.

Superiore libro quid fœnus aut uſura ſit, itemque, an jure probari poſſit, perſequutus ſum. ſequente finem modumque ponam: is enim rem in medio poſitam demum honeſtam aut turpem efficit. ſed prius attingam veterem promittendarum uſurarum rationem.

Solet uſurarum ſtipulatio plerumque non in ſingulos annos, ſed in ſingulos menſes, fieri. meminit Paulus *l.* 40. *D. de rebus creditis*, & *l.* 26. §. 1. *D. Depoſiti vel contra*, etiam Pomponius *l.* 90. *D. de verborum obligationibus*. nec hi tantum, ſed & Ambroſius, *De Tobia c.* 12. ſic ſcribens, *Veniunt Kalendæ, parit ſors centeſimam. veniunt menſes ſinguli, generantur uſuræ*. Et *c.* 3. his verbis. *Et qui in ſumma ſubvenire ſe dicit, uſuras exigit. Kalendis, inquit, uſuras dabis: fœnus interim, ſi non habueris unde reſtituas, non requiro.* Ambroſio addi poſſet Horatius *Epod. Od.* 2. *verſ.* 70. & *lib.* 1. *Sermon. Sat.* 3. poſſent alii.

Sed res nota eſt. æque, quod ab ea Kalendarium dicitur pro libro in quo uſuræ deſcriptæ, Kalendis ſingulis exigendæ ſolvendæque, apud Senecam *lib.* 7. *De benefic. c.* 10. & Kalendarium exercere *l.* 41. §. 6. *D. de legatis lib.* 3. pro fœnus exercere, vel nomina facere *l.* 64. *D. eod. tit.* item Kalendario ſervum præponere *l.* 41. *D. de rebus creditis.* Illud addam, hujuſmodi Kalendaria non tantum privatorum, ſed & civitatum, fuiſſe. teſtis Alexander *l.* 2. *C. de compenſationibus.* inde curatio Kalendarii & quæſtura inter perſonalia munera *l.* 18. §. 2. *D. de muneribus & honoribus*, & curator Kalendarii ex inquiſitione eligi ſolitus, apud Papirium Juſtum *l.* 9. §. 7. *D. de adminiſtratione rerum ad civitatem pertinentium.* quamquam & a Principe electum eſſe, liquet ex Lapide, apud Gruterum *pag.* 446. *Inſcr.* 7. cujus appoſui verba.

P. OTACILIO. L. F. PAL. RVFO. PAT
IIII. VIR. I. D. II. Q. FLAM. PERPETUO
DIVI. HADRIANI. AB. EODEM.
EQUO. PUBL.
HONORATO. CURATORI. KALENDARI. R. P.
AECLANENSIUM. ELECTO. A.
DIVO. PIO
PATRONO. MUNICIPI

Hæc quo pertinent? nempe, ut intelligatur, quæ uſurarum nomina ſunt, non ad annuas, ſed ad menſtruas, penſiones referri. nec tamen ignoro, uſuras ſingulis Kalendis debitas, non utique ſuis quaſque Kalendis, ſed ſæpe univerſas unius anni annua die, ſolutas fuiſſe. ſic ſane acceperim quod de uſuris, reipublicæ debitis, ita infit Conſtantinus, *Apud eos quos ſuperſtites integris facultatibus eſſe pervideris, vel quorum heredes incolumia retinent patrimonia, ſortes reipublicæ perſeverare debebunt: ita tamen, ut annuas uſuras ſuis quibuſque temporibus exſolvant. l.* 2. *C. de debitoribus civitatum, lib.* 11. *tit.* 32. Sed & ſequens Marmor apud Gruterum *pag.* 175. *Inſcr.* 4.

HOC. AMPLIUS. ARK. REI. P. COLLEGII. S. S.
DONUM. DEDIT. -X- V̄. UT. EX
USURIS
CENTESIMIS. EJUS. QUANTITATIS
QUAE. EFFICIT. ANNUOS. -X-DC. DIE
VIII. KAL. OCTOBR. NATALI.
DIVI
AUGUSTI. EROGENTUR. EX.
ARK

Dicuntur collegio Centonariorum data eſſe a L. Sextilio Seleuco quinque denariorum millia: & hæc ſumma dicitur ex centeſimis uſuris quotannis parere ſexcentos denarios: id eſt, de centenis denariis ſingulis annis duodenos, ſive ſingulis menſibus ſingulos. Non

igitur uſuræ, quæ erant ſingulis menſibus debitæ, utique ſingulis menſibus pendebantur: ſed ſæpe univerſæ unius anni ſub finem ejus una penſione ſolvebantur. Et hinc factum aliquando fuit, ut uſurarum ſtipulatio non quidem in ſingulos menſes fieret, ſed in ſingulos annos *l. 26. C. de uſuris:* ſæpe adjecta pœna, ſi quo anno uſuras non ſolviſſet debitor: quale exemplum eſt in *l. 17. D. de uſuris.* Fuit quoque ſolitum, ut, ſi debitor intra vertentem annum ceſſaret in ſolutione menſtruarum uſurarum, creditor anatociſmum ſtipularetur, jure permittente; ut infra oſtendam *c.* XI. Quod ſi qui duriores eſſent fœneratores, nec tamen anatociſmum vellent, hi ut Kalendis ſingulis uſuræ ſibi perſolverentur, accurabant. tum enim & debebantur, & peti poterant: eoque jure uſos eſſe, ex ſupra allegatis conſtat: etiam ex eo Senecæ, *De benefic. lib. 1. c. 2. Nemo beneficia in Kalendario ſcribit: nec avarus exactor ad horam & diem appellat.* Sed & multi in contrahendo fœnore hoc obſervabant, ut majores uſuras ſtipularentur, ſi uſuræ, ad diem promiſſæ, ea die, aut alia, verbi gratia, poſt tertium menſem, non eſſent ſolutæ *l. 9. pr. & §. 1. l. 11. & l. 12. D. de uſuris. l. 1. §. 3. D. de pignoribus & hypothecis.*

Id vero ſi eſt; vereor, ut aſſentiri poſſim Jacobo Cujacio, *Tract. 8. ad African.* in expoſitione *l. pen. D. de rebus creditis*, Lævino Torrentio, *ad Horatium d. loc.* Petro Pithœo *lib. 2. Adverſar. c. 4.* Paulo Manutio, & Auſonio Popmæ, *ad Ciceron. lib. 14. Ad Attic. epiſt.* 20. aliiſque ingenio & doctrina excellentiſſimis hominibus; cum exiſtimant, factam quidem uſurarum ſtipulationem fuiſſe in Kalendas, ſed datam deinde debitori dilationem uſque ad Idus: denique; ita ſolitum a creditoribus agi, ut quæ fœneraverant in Kalendas, Idibus rebus reciperent, & relegerent. nuſquam enim hoc exſtat: & contrarium ſuperioribus exemplis probatur. Nec juvat eos Cicero *Catilinar.* 1. ſequentibus verbis, *Prætermitto ruinas fortunarum tuarum quas omnes impendere tibi proximis idibus ſenties.* Quid ſi enim Catilina Idibus acceperit fœnebrem pecuniam, & ejus reſtitutionem Idibus promiſerit? quamvis enim ſolerent pecuniæ Kalendis dari & repeti, tamen nil vetabat, ſi ita res ferret, eas aliis quoque diebus, verbi gratia, Idibus dari & repeti: & exemplum apud Scævolam *l. 89. §. ult. D. de ſolutionibus.* nihil igitur ex eo Ciceronis loco elici poteſt quod ad hunc uſum ſpectet: etſi meminerit ruinæ fortunarum Catilinæ, illis proximis Idibus metuendæ. Idemque habendum de illo Horatii *Epod.* 2.

Hæc ubi loquutus fœnerator Alphius
Jam jam futurus ruſticus,
Omnem relegit Idibus pecuniam:
Quærit Kalendis ponere.

Tantum enim indicat; Alphium fœneratorem cui jam placebat vita ruſtica ex Horatii commendatione, mutaſſe conſilium: & cum exſpectaretur, ut rus abiret, contra relegiſſe omnes uſuras, ſibi ex Kalendis debitas: quod cum factum eſſet Idibus, deinde non vitam ruſticam cogitaſſe; ſed opportunitatem pecuniæ, ne otioſa eſſet, futuris Kalendis rurſus fœnori collocandæ. Non magis movere quem poſſit ſequens Lapis, apud Gruterum *pag.* 478. *Inſcr.* 9. cujus hæc verba ſunt.

L. VAL. L. FIL
GAL. FAVENTINO
II. VIRALI
QUI. ANNONA
FRUMENTARIA
EMPTA. PLEBEM
ADIUVIT. ET. OB
ALIA. MERITA. EJUS
COLLEGIA. KA
LENDARIUM. ET. IDUARIA. DUO
CIVI. GRATISSIMO
POSUERUNT

Sic Gruterus edidit; ſed mendoſe. ſcribe, QUIANNONA, id eſt, QUIA. ANNONA, geminata litera A: ut duplex ſit poſiti monumenti cauſa; una, quod *annona frumentaria empta plebem adjuvit* L. Valerius Faventinus; altera, *& ob alia merita ejus.* Utcumque erit; putat V. CL. P. Pithœus *d. lib. 2. Adverſar. c. 4.* ea in Inſcriptione appellari *Kalendarios* qui fœnori ponebant publicam pecuniam; Iduarios qui relegebant. & quod de Kalendariis dicit, a vero non abhorret: ſed quod de Iduariis dicit, ejus probationem quæro. nuſquam enim extat. quamquam, quæ ſint duo collegia Iduaria, nec ipſe intelligo. quod ſi ſuſpicioni locus ſit in re obſcura, quia laudatur Faventinus præſertim, quod annona frumentaria plebem adjuvit, forſan videri poſſint ea collegia eſſe eorum qui in municipio habebant curam pecuniæ alimentorum infirmæ ætatis ex plebe, aut annonæ populo præbitæ: quorum munerum meminit ſequens Inſcriptio, apud Gruterum *pag.* 386.

L. CASURIO. L. F
CLV. SPECULATORI
AED. IIII. VIR. I. D. Q. ARC
PUBL. ET PEC. ALIMENTAR
DEFENSORI. R. P. CUR. ANN.
POPULO. ☉ PRAEBITAE

Etiam Alexander *l. 3. C. de compenſationibus:* cum ait, *In ea quæ reipublicæ te debere fateris, compenſari ea quæ invicem ab eadem tibi debentur, is cujus de ea re notio eſt, jubebit, ſi neque ex Kalendario, neque ex vectigalibus, neque ex frumenti vel olei publici pecunia, neque tributorum, neque alimentorum, neque ejus qui ſtatutis ſumptibus ſervit, neque fideicommiſſi civitatis debitor ſis.* Illa tamen collegia *Iduaria* dici, non liquet. & contra *l. 2. C. Th. de curatoribus Kalendarii* meminit *Kalendariorum, tam oleariæ arcæ, quam frumentariæ*, quorum nomina, ſed debita, non multo ante oratione

ad

ad Senatum miſſa, antiquata ſint. Sed id Reſcriptum ad urbem Romam reſpicit: ut Jacobus Gothoſredus eo loci animadvertit: cum vetus Inſcriptio ad aliquod pertinuerit municipium in quo aliam aut eamdem ejuſdem rei appellationem fuiſſe, quis dixerit, aut negaverit, in tanto Veterum ſilentio?

Caput II.

De nominibus uſurarum. quid ſit centeſima uſura, *& unde dicta. eam alias appellari* uſuram aſſem. *& cur? ingenioſa & probabilis Salmaſii opinio de quodam Plinii loco.* aſſis uſuræ *partes eſſe minores uſuras. quanta fuerit centeſima Juſtiniani tempore, etiam poſt eum.*

Ex his quæ de vetere uſurarum ratione dixi, porro non difficilis erit intellectus nominum quæ earum ſint: ſive de centeſimis, ſive de minoribus, quæratur. placet autem, quod Vir Inſignis, Hermolaus Barbarus, princeps animadvertit ex Columella, *De re ruſtica*, *lib.* 3. *cap.* 3. & deinde Antonius Auguſtinus *lib.* 2. *Emend. c.* 10. aliique eruditiſſimi probarunt homines, *centeſimæ*, ſive *centeſimæ uſuræ*, appellatione ſignificari centeſimam ſortis partem, ſingulis menſibus uſuræ vice ſolvendam: ut cum (quod eſt Pauli exemplum *l.* 40. *D. de rebus creditis*) Publius Mævius in dies triginta inque denarios centenos ſtipulatur denarios ſingulos. Unum obſervandum, quod, cum *centeſimam* dicunt Veteres, non inſolens, neque plena, locutio eſt: non magis, quam cum *centeſimam* dicunt, quæ eſt rerum venalium, aut *viceſimam*, quæ eſt hereditatum. nam utriuſque frequens mentio, & in utraque ſubaudienda pars eſt; ut plena locutio ſit centeſima venalium pars, & viceſima hereditatum pars, vectigalis nomine perſolvenda: quod pulchre obſervavit Vir Summus, Johannes Fredericus Gronovius, præclaro opere, *De pecunia vetere lib.* 3. *c.* 13. Quid, ſi non *centeſimam* ſimpliciter dicamus, ſed *uſuram centeſimam?* ne adhuc quidem integer ſermo eſt; etſi videtur V. Cl. Claudio Salmaſio, *De modo uſurarum c.* 6. *p.* 227. *& ſeqq.* cum enim uſura ſit reditus qui ex uſu pecuniæ percipitur; quæſo, quis ſenſus fuerit, ſi quis dicat, centeſimam uſuram, ſive centeſimum reditum, nec præterea quidquam ſubaudiat? igitur & hic aſſentior Gronovio, V. Cl. exiſtimanti, contractum eſſe, ſermonem; qui, ut integer fiat, ita ſupplendus ſit, centeſima ſortis portio uſura, ſive centeſima ſortis portio uſuræ nomine ſingulis menſibus pendenda. Nec opus argumentis: rem demonſtrat ſequens Ambroſii locus, *De Tobia c.* 19. quem appoſui, quia eum non attulit Vir Summus. verba Ambroſii. *Hæc pecunia uſuram habet: non ut centeſimam ejus quod dederis portionem, ſed centuplum ferat fructum.* Clare ſignificat Ambroſius, *centeſimam* non indicare centeſimam uſuram, quod voluit Salmaſius: ſed ejus quod dederit creditor, centeſimam partem, pro uſura ſolvendam ſingulis menſibus. id enim intendit Ambroſius, & apparet *ex c.* 12. *ejusdem libri:* ubi, *Veniunt*, inquit, *Kalendæ, parit ſors centeſimam. veniunt menſes ſinguli, generantur uſuræ.* Idem probat Harmenopulus, *Promptuar. lib.* 3. *tit.* 7. his verbis. *Centeſima uſura eſt, cum ob centum nummos toto anno duodecim præſtantur, propterea quod pro centum nummis unus quoquo menſe nummus detur, qui ſi cum univerſis centum conſeratur, omnino centeſimam habet rationem. unde & jure hujuſmodi uſura centeſima dicta eſt.* Dicuntur igitur uſuræ centeſimæ: quia creditori ſingulis menſibus reddunt centeſimam ſortis partem, id eſt, de centenis nummis nummos ſingulos, ſive duodenos annuos: finge, de quinque millibus denariorum ſexcentos annuos, *in Inſcriptione* quam ſuperiore capite attuli ex Grutero *pag.* 175. Unde conſequens eſt, ut hæ centeſimæ centeſimo menſe, id eſt, ſpatio octennii, additis quatuor menſibus, ſortem æquent. Sidonius Apollinaris *lib.* 4. *Epiſt.* 24. id ſpatium vocat *biluſtre* rotundo numero; his verbis. *Ut chirographo facto docetur, cauta centeſima eſt fœneratori quæ per biluſtre producta tempus, modum ſortis ad duplam adduxit.* Sidonius *luſtrum* appellat ſpatium quatuor annorum: etſi proprie ſit quinque. *luſtrum* enim dicit pro *olympiade:* ut ſæpe Veteres. *olympias* autem annis quatuor circumſcribitur: nec opus eſt, ut quintus quoque effluxerit: ſed ſufficit, ſi incœperit. quod bene annotavit Andreas Alciatus, *lib.* 3. *Diſpunct. c.* 1. & aliquanto plenius Joſephus Scaliger *lib.* 5. *De emendatione temporis*, *pag.* 482. item Eduardus Simſonius *Chronic. Catholic. part.* 3. *ad A. M.* 3229. *pag.* 41. Errant igitur Jacobus Sirmondus & Johannes Savaro, *Notis, ad Sidonium*; etiam Jacobus Cujacius, *ad Novell.* 160. cum *tempus biluſtre* apud Sidonium exponunt decennium; & hoc ſummam ſortis non æquari, ſed ſuperari: Sidonium tamen excurrentis ſupra duplum ſummæ rationem non habuiſſe, quod ſciret, uſuras communes ſupra duplum nec deberi, nec exigi poſſe.

Eſt & hoc probabiliter traditum ab eruditiſſimis hominibus, quod centeſima alio nomine appellata fuit *uſura aſſis* a vetuſtiſſima pecunia qua uſus fuit Populus Romanus: quæ pecunia fuit as libralis, ſive libra æris, primum rudis, mox ſignati lege Servii Tullii, uti-

utique uſque ad bellum Punicum primum. tum enim conſtitutum fuiſſe, ut aſſes ſextantarii ferirentur, Plinius auctor eſt, *lib.* 33. *Nat. hiſt. c.* 13. etſi Feſtus, in verbo, *ſextantarii aſſes*, id bello Punico ſecundo factum ſcribat. quem ejus errorem ad Plinium animadvertit Harduinus, vir diligens & doctus. ante igitur quia tantum as liberalis obtinebat, ſi quis centum aſſibus fœnori datis, centeſimas ſtipularetur, in ſingulos menſes ſingulos aſſes ſtipulabatur: nam hi erant centeſimæ ſortis partes. quod ſi non centeſimas ſibi dari vellet, ſed minores uſuras: non poterat eas aliis nominibus, quam partium aſſis, ſtipulari: quia populus alia pecunia, quam illa, non utebatur. Habes rationem inventæ aſſis uſuræ. argumenta ejus appellationis quæris. indicant eam partes centeſimæ, ſive minores uſuræ: quæ nihil aliud quam aſſis, ſeu libræ, diviſionem continent. certe Scholiaſtes Græcus, *lib.* 38. *Baſilic. tit.* 17. *ad. l.* 2. *C. de uſuris pupillaribus*, *tom.* 5. *pag.* 189. inquit, *Centeſimam dividunt in XII. uncias.* ac ſicut tertia centeſimæ pars legitur *l.* 17. *§. ult. D. de uſuris. l.* 26. *§.* 1. *C. eod. tit. l. ult.* §. 1. *C. eod. tit. l. ult.* §. 2. *C. de jure dotium*, & uſura ex quarta centeſimæ parte *l. ult. C. de petitione hereditatis*, & dimidia centeſimæ pars, item bes centeſimæ *d. l.* 26. §. 1. ſic dicuntur uſuræ unciæ *l.* 47. §. 4. *D. de adminiſtratione tutorum*, quadrantes *l.* 21. *D. de annuis legatis*, trientes, apud Ciceronem *lib.* 4. *Ad Atticum epiſt.* 15. *l.* 7. §. 10. *D. de adminiſtratione tutorum*, quincunces, apud Perſium, *ſat.* 5. *d. l.* 7. §. 11. *l.* 17. *D. de uſuris. l.* 102. §. 3. *D. de ſolutionibus*, ſemiſſes, apud Plinium *lib.* 14. *Nat. hiſt. c.* 4. *d. l.* 17. *&* *d. l.* 102. §. 3. beſſes, apud Ciceronem, *d. lib.* 4. *epiſt.* 15. deunces, apud Perſium *d. ſat.* 5. ea vero quid ſunt, niſi nomina partium aſſis uſuræ? unde *ſemiſſales* apud Modeſtinum *l.* 10. *D. de pollicitationibus.* ipſa tamen vox *aſſis uſuræ* nuſquam exſtat: niſi quod Salmaſius, *De modo uſurarum cap.* 7. *pag.* 269. eam reſtituit in illo Plinii, *lib.* 10. *Epiſt.* 62. *Pecuniæ publicæ, Domine, providentia tua, & miniſterio noſtro etiam exactæ ſunt & exiguntur. quæ vereor, ne otioſæ jaceant. nam & prædiorum comparandorum aut nulla aut rariſſima occaſio eſt, nec inveniuntur qui velint debere reipublicæ, præſertim duodenis aſſibus, quanti a privatis mutuantur.* Sic vulgo legitur. ſed Salmaſius ſcribit, *uſuris aſſibus.* ingenioſe & vere: etſi malim ſimpliciter, *præſertim aſſibus; quanti*, ſine adjectione verbi *uſuris*: quomodo apud Ciceronem, *lib.* 5. *Ad famil. epiſt.* 6. *Bonis ſemiſſibus magna copia eſt*; pro; *ſemiſſibus uſuris.* nec tamen negem, *ſemiſſes uſuras* recte & ſæpe dici: ut *d. l.* 10. *D. de pollicitationibus. l.* 102. §. 3. *D. de ſolutionibus. l.* 34. *D. Mandati.*

Sed ut hoc agamus: cum centeſima, ſive aſſis uſura, ſingulis menſibus de centenis nummis reddat nummum unum, id eſt, ſingulis annis duodenos nummos: apparet, uncias uſuras eſſe, cum centeni nummi ſingulis menſibus pariunt duodecimam nummi partem; id eſt, ſingulis annis nummum unum. ſextantes uſuras, cum centeni nummi ſingulis menſibus producunt ſextam nummi partem, id eſt, ſingulis annis nummos binos. quadrantes uſuras, cum centeni nummi ſingulis menſibus lucrantur quartam nummi partem, id eſt, ſingulis annis nummos ternos. quod Theophilus recte obſervat *ad* §. 33. *Inſt. de actionibus.* trientes uſuras, cum centeni nummi ſingulis menſibus reddunt tertiam nummi partem, id eſt, ſingulis annis quaternos nummos. itaque computat Scholiaſtes Græcus, *Baſilic. lib.* 41. *tit.* 5. *tom.* 5. *pag.* 410. *ad l.* 3. *§. ult. D. Ad legem Falcidiam.* quincunces uſuras, cum centeni nummi ſingulis menſibus reddunt partem nummi tertiam cum duodecima, id eſt, ſingulis annis nummos quinos: ut bene Scholiaſtes Græcus, *ad l.* 2. *C. de uſuris pupillaribus lit. B. Baſilic. lib.* 38. *tit.* 17. *pag.* 188. *tom.* 5. ſemiſſes uſuras, cum centeni nummi ſingulis menſibus pariunt nummum dimidium, id eſt, ſingulis annis nummos ſenos. quod recte notat Theophilus *ad d.* §. 33. & Harmenopulus, *lib.* 3. *Promptuar. tit.* 7. *in ſcholio.*

Sic quidem olim fuit. at poſtea aliquatenus mutata res eſt: nam aucta centeſima uno ſemiſſe centeſimæ menſtruæ, ſive ſemuncia annua: ſalvo tamen centeſimæ nomine. finge, centum ſolidos mutuos datos, ex his centeſimas deberi: debebuntur, vertente anno, non duodecim ſolidi, ut olim; ſed duodecim cum dimidio. id oſtendit Anianus, ſive quicumque alius fuit Vetus Interpres *l.* 2. *Cod. Theod. de uſuris:* dicens, centeſimam eſſe, cum tres ſiliquæ in anno per ſolidum ſolvuntur pro uſuris: ſiliqua autem eſt quarta & vigeſima ſolidi pars: ut Iſidorus docet *lib.* 16. *c.* 24. igitur centum ſolidis creditis ſub uſuris centeſimis; vertente anno, tres ſiliquæ de ſingulis ſolidis reddunt ex centum ſolidis trecentas ſiliquas, id eſt, duodecim ſolidos cum dimidio. quam computationem ſequutus videtur Juſtinianus *Novell.* 34. & Leo *Novell.* 83. Niſi malis, quod viſum Antonio Contio *lib.* 2. *Subſeciv. Lection. c.* 2. *n.* 8. Theodoſiani Interpretem Codicis, cum tres ſiliquas in anno per ſolidum computavit, rotunde potius, quam vere, centeſimam uſuram expreſſiſſe; ſicut & Juſtinianum, cum unam ſiliquam in anno per ſolidum pro triente dixit. quod non puto. nam & poſt Juſtinianum aucta centeſima: ut teſtatur Harmenopulus, *Promptuar. lib.* 3. *c.* 7. *ſcholio.* his verbis. *Tertia quidem centeſima eſt, cum pro libra quatuor aurei nummi fœnoris nomine quotannis penduntur. dimidia, centeſima, cum ſex. Quare & quarta centeſima, cum terni pro libra nummi penſitantur. Centeſima ſiquidem uſura in ſingulas libras duodenos exigit nummos. Cæterum qui fiat, ut centeſimæ no-*

nominentur uſuræ, etſi libra non centum ſed LXXII tantum aureos complectatur, hinc intelliges quod centeſima quantitatem ſignificat quæ poſſit in duodecim partes diſtribui ac redigi. donatum eſt autem centeſimæ nomine id quod duodecim partes complectitur, propterea quod priſcis temporibus qui centum alicujus generis res haberent, ex his duodecim in commune conferebant. Et hæc quidem ita apud veteres reperiuntur. Nos vero ut nunc fieri videmus, ita quoque de his dicimus.

Caput III.

Ante Juſtinianum fuiſſe certum uſurarum modum; eumque ex partium conventione potuiſſe ad centeſimam adſcendere. centeſima in ſtipulationem deducta, Judici non fuiſſe jus, eam regere pro more regionis. uſuræ modum non potuiſſe egredi centeſimam. uſuram centeſimam dici maximam & legitimam. quæ modicæ, civiles, modeſtæ, minimæ, uſuræ. Capitolinus explicitus, & Papinianus l. 1. §. pen. D. de pignoribus & hypothecis.

Expoſui nomina uſurarum. nunc modum videamus. nam ejus meminit *l. 9. & l. 29. D. & l. 20. C. de uſuris. l. 11. §. 3. D. de pigneratitia actione.* de eo vero ſic cenſeo, licuiſſe fere unicuique, ante Juſtinianum, ſtipulari uſuram centeſimam: niſi quod Alexander Severus (auctore Lampridio, *in ejus vita c. 26.*) *uſuras fæneratorum traxit ad trientes penſiones, etiam pauperibus conſulens.* Sed hæc qualiſcumque Alexandri Conſtitutio, ſi quandoque fuit, quod vix credo, uſu recepta non videtur, reſiſtentibus moribus. adeo ejus neque vola, neque veſtigium, eſt in toto Juris Corpore; verumque eſt quod dixi, ante Juſtinianum licuiſſe unicuique, ſtipulari uſuram centeſimam. Huic rei argumentum præbet Juſtinianus *l. ult. C. de uſuris rei judicatæ:* in qua cum ait, ſe Conſtitutione ſua (quæ eſt *l. 26. §. 1. C. de uſuris*) uſuras feciſſe minores centeſimis; oſtendit, uſuras ante potuiſſe ad centeſimas excreſcere. Nec tantum hoc probat Juſtinianus; ſed amplius Imppp. Valentinianus, Arcadius, & Theodoſius, *l. 2. C. Theod. de uſuris*, teſtantur, *centeſimam fuiſſe jure permiſſam.* addo, Chryſoſtomus, nam huc alludit, *Homil. 57. in cap. Matthæi* 17. *tom.* 1. *pag.* 507. cum ſic ait, *Hic vix centeſimam partem reddit, ille centuplum & vitam æternam.* Jam vero Plinius *lib.* 10. *Epiſt.* 62. ad Trajanum ſcribit, ſe vereri, ne pecuniæ publicæ exactæ otioſæ jaceant: & pro ratione addit, *Nec inveniuntur qui velint debere reipublicæ præſertim aſſibus quanti a privatis mutuantur.* ſic enim legendum, *aſſibus*; etſi vulgo ſcribatur; *duodenis aſſibus:* ut ſupra monui. Licuit igitur privatis Trajani tempore, pecunias credere ſub uſuris aſſibus ſive centeſimis. idem Plinius, *lib. 9. Epiſt.* 28. *Proinde prima quaque occaſione mitte, appoſitis quidem uſuris, quas ego (num parcius poſſim?) centeſimas computabo.* Paulus quoque noſter *l. 40. D. de rebus creditis* refert, lectam fuiſſe in auditorio Aemilii Papiniani, Præfecti prætorio, cautionem: in qua ex mora promiſſæ eſſent uſuræ centeſimæ, hac forma, *Si die ſupra ſcripta ſumma Publio Mævio, eive ad quem ea res pertinebit, data, ſoluta, ſatisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius quo poſt ſolvam, pœnæ nomine, in dies triginta, inque denarios centenos denarios ſingulos dari ſtipulatus eſt Publius Mævius, ſpopondi ego Lucius Titius.* Nec hoc tantum, ſed præterea ait Paulus, Papinianum de ea cautione jus dixiſſe cauſa cognita. idque jus fuiſſe, etiam Sidonius Apollinaris teſtatur *lib. 4. epiſt.* 24. ne quis putet, centeſimis in ſtipulationem deductis, Judicis officium fuiſſe, uſurarum modum ex æquitate regere pro more regionis. id enim non eſt ita; quamquam quibuſdam videtur ex *l. 1. D. de uſuris:* ſed ea hoc non vult. non enim loquitur de uſurarum ſtipulatione, de qua hic noſter ſermo eſt: ſed de uſuris, officio Judicis præſtandis in judiciis bonæ fidei, de quibus paulo dicam poſt.

At quemadmodum uſuræ potuerunt ad centeſimam adſcendere: ſic hanc egredi non potuerunt. eum certe modum Cicero etiam ſe, cum Ciliciæ præeſſet, in Edicto tralatitio propoſuiſſe refert *lib. 5. Ad Attic. epiſt. ult.* his verbis. *Interim cum ego in edicto tralatitio centeſimas me obſervaturum haberem, cum anatociſmi anniverſario, ille ex ſyngrapha poſtulabat quaternas. quid ais? inquam. poſſumne contra meum edictum.* Sic Cicero. idem ante Lucullus edixit; ſi quidem fides Plutarcho, *in vita ejus pag.* 504. *tom.* 1. Verba ejus. *Eas peſtes cum Lucullus in oppidis reperiſſet, omnibus brevi læſos vindicavit. Primum centeſimam uſuram, nec ſupra præcepit duci. deinde eas quæ ſortem exceſſiſſent, circumduxit.* Eumdem modum indicat Paulus *lib. 2. Sent. tit.* 14. §. 1. cum ſic ſcribit, *Uſuræ ſupra centeſimam ſolutæ ſortem minuunt, & conſumpta ſorte repeti poſſunt.* Paulus oſtendit, uſuras poſſe exigi & ſolvi uſque ad modum centeſimæ: ultra non poſſe; & ſi ſolutæ ſint ſupra eum modum, ſortem minuere; hac quoque ſoluta, poſſe repeti. Paulo addo Diocletianum & Maximianum *l. 8. C. Si certum petatur.* Quid illi? *Si pro mutua pecunia quam a creditore poſcebas, argentum vel jumenta, vel alias ſpecies utriuſque conſenſu æſtimatas accepiſti, dato auro pig-*

nori, licet ultra centeſimam uſuras ſtipulanti ſpopondiſti: tamen ſors quæ æſtimatione placito partium definita eſt, & uſurarum titulo legitima tantum recte petitur. Sic habet exemplar Haloandrinum, & complures manuſcripti codices. in quibuſdam aliis eſt, *legitima* [*ſumma*] *tantum recte petitur*, aut *legitima quantitas.* ſed magis ad verum accedit prior lectio; ut jam recte annotavit Ruſſardus, *Notis marginalibus.* Senſus autem, quod creditor poteſt repetere ſortem, utriuſque conſenſu æſtimatam: & præterea uſuras, ſed tantum legitimas, ſive centeſimas. Idem probat Conſtantinus *l.* 1. *Cod. Theod. de uſuris: Pro pecunia* (inquiens) *ultra ſingulas centeſimas creditor vetatur accipere.* Idem ſtatuunt Imppp. Valentinianus, Theodoſius, & Arcadius *l.* 2. *Cod. Theod. eod. tit.* imo volunt, ut *quicunque ultra centeſimam jure permiſſam aliquid ſub occaſione neceſſitatis eruerit, quadrupli pœnæ obligatione obſtrictus, ſine ceſſatione, ſine requie protinus ablata redhibeat.*

Potuit igitur uſura uſque ad centeſimam promitti exigique: ultra non potuit. id vero quia placuit civili jure, ideo uſura centeſima uſura legitima appellatur *d. l.* 8. *C. Si certum petatur:* & quia nulla major erat; ideo quæ legitima eſt *l.* 7. §. 4. & 10. *D. de adminiſtratione tutorum*, *l.* 3. *C. Arbitrium tutelæ*, maxima & graviſſima vocatur *d. l.* 7. §. 8. & *l.* 54. *D. de adminiſtratione tutorum*, *l.* 38. *D. de negotiis geſtis:* ut egregie obſervavit V. Cl. Barnabas Briſſonius *lib.* 3. *Select. antiquit. c.* 1. Contra ſemiſſis uſura Plinio civilis & modica dicitur *lib.* 14. *Natural. hiſtor. c.* 4. quincunces vero levioribus annumerantur Ulpiano *d. l.* 7. §. 10. Perſio modeſtæ appellantur *Sat.* 5. *verſ.* 149. idem de trientibus Ulpianus *d. l.* 7. §. 10. quas Capitolinus, *Antonino Pio c.* 2. minimas vocat: quamquam non quod omnium ſint minimæ: quomodo hunc locum accepit Vir Egregius, Claudius Salmaſius, *De modo uſurarum c.* 2. *pag.* 286. & *ſeq.* cum certum ſit; quadrantes & ſextantes & uncias eſſe leviores; taliumque meminerit Ulpianus *d. l.* 7. §. 10. & *l.* 21. §. 4. *D. de annuis legatis:* ſed minimas eas dicit Capitolinus, quod ſint valde parvæ: comparatione facta cum centeſimis aut deuncibus aut beſſibus: & locutione apud Veteres uſitata: apud quos ſuperlativus gradus non utique ultimum ſignificat exceſſum; ſed ſæpe nihilo plus, quam poſitivus, ut obſervavit Sanctius, *Minerva lib.* 2. *cap.* 11. & ibi in notis Vir plurimæ & præſtabilis eruditionis, Jacobus Perizonius, Collega & amicus meus a multis annis.

Ex his porro intelligi poteſt Papinianus *l.* 1. §. *pen. D. de pignoribus & hypothecis:* cum ſic ait, *Pacto placuit, ut ad diem uſuris non ſolutis, fructus hypothecarum uſuris compenſarentur fini legitimæ uſuræ. quamvis exordio minores in ſtipulatum venerint, non eſſe tamen irritam conventionem placuit: cum ad diem minore fœnore non ſoluto, legitimæ majores ſtipulanti recte promitti potuerunt.* Species hæc eſt. Creditor in diem certum ſtipulatus minores uſuras, verbi gratia, quincunces, vel trientes: & hypothecas accepit in ſecuritatem debiti: tum convenit, ut ſi debitor die dicta non ſolveret minores uſuras, creditor fructus hypothecarum compenſaret fini; id eſt, ad modum, uſuræ legitimæ, quæ eſt centeſima & maxima; ut dixi. quæritur, an valeat pactio? & ait Papinianus, valere: & addit rationem, nempe, quod ſtipulatio legitimarum, id eſt, centeſimarum, uſurarum facta ſub conditione, ſi minores, id eſt, quincunces vel trientes, ad diem non ſolvantur, valet: ſi autem hoc eſt; ſequitur, ut valeat etiam pactio, concepta ad eamdem formam. quamvis enim nulla uſurarum petitio ſit ex nudo pacto: erit tamen ex eo ſive hypothecarum, ſive fructuum, retentio fini legitimæ; id eſt, centeſimæ, uſuræ.

CAPUT IV.

De vario uſurarum fato in republica Romana, & quo jure definitus ſit earum modus.

Sed apparet, legitimam uſuram eſſe centeſimam; & hanc ſic appellari; quia is modus ſive Lege, ſive Senatuſconſulto, ſive Conſtitutione, ſive Edicto, definitus eſt. nam hæc omnia Legis appellatione continentur. Quo autem jure intra centeſimam ſit cohibitus uſuræ modus, difficilis res eſt conjecturæ. Scio, ſunt qui ad XII. Tabulas referant, propter hæc Taciti verba ex *lib.* 6. *Annal. c.* 16. *Primo duodecim tabulis ſanctum, ne quis unciario fœnore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur.* Sed peſſime. unciarium enim fœnus Tacito non eſt uſura centeſima; ſed ejus pars duodecima: ſiquidem uncia in unciario fœnore eſt centeſimæ, id eſt, aſſis uſuræ. adeo inter unciarium fœnus & uſuram centeſimam tantum intereſt, quantum inter fœnus graviſſimum & leviſſimum. nam cum uſura centeſima ſingulis menſibus de centenis denariis reddat partem centeſimam, ſive unum denarium, & anno vertente duodenos; contra unciarium fœnus de centenis denariis, ſingulis menſibus, reddit duodecimam denarii partem, id eſt, vertente anno, unum denarium. non igitur poteſt legitima; id eſt, centeſima, uſura duodecim Tabulis imputari. eo minus; quia nec diu valuit ea lex: quippe juſſa A. V. C. 302. & jam obliterata tempore Manlianæ ſeditionis. in qua clamat debitor, apud Livium *lib.* 6. *c.* 14.

Se militantem, ſe reſtituentem everſos penates, multiplici jam ſorte exſoluta, mergentibus ſemper ſortem uſuris, ære alieno obrutum fœnore eſſe. qui autem potuit fieri, ut idem multiplicem ſortem ſolveret, mergentibus ſemper ſortem uſuris, ſi adhuc unciarium, id eſt, leviſſimum, fœnus fuit ex lege XII Tabularum? quod ſi dicimus, eam legem tum in deſuetudinem abiiſſe, maximaſque pro minimis uſuras irrepſiſſe, fieri optime potuit. atque id factum fuiſſe, vel hinc intelligi poteſt, quod deinde Livius *lib.* 7. *c.* 16. ſcribit, C. Marcio, C. Manlio, Conſulibus, perlatam eſſe a M. Duilio, & L. Mænio, Tribunis plebis, rogationem, haud lætam patribus, de unciario fœnore; & plebem aliquanto cupidius eam ſciviſſe accepiſſeque. Sed & Tacitus perhibet *d. loc. Dein rogatione tribunitia ad ſemuncias redactam verſuram.* factumque hoc A. V. C. 406. id eſt, T. Manlio, C. Plautio, Conſulibus, Livius auctor eſt *lib.* 7. *c.* 27. imo ait Tacitus *d. loc. Poſtremo vetita verſura.* nempe lege Genucia quam ad plebem tulit Genucius, Tribunus plebis, A. V. C. 411. id eſt, C. Marcio Rutilo, & Q. Servilio, Conſulibus; ut Livius refert *d. lib.* 7. *c.* 42. Sed hanc legem circumvenit fraus fœneratorum: quam A. V. C. 560. L. Cornelio Merula, & Q. Minucio Thermo, Conſulibus, detectam & coërcitam fuiſſe, narrat Livius *lib.* 35. *c.* 7. his verbis. *Inſtabat enim cura alia, quod civitas fœnore laborabat: & cum multis fœnebribus legibus conſtricta avaritia eſſet, via fraudis inerat, ut in ſocios qui non tenerentur iis legibus, nomina tranſcriberent, ita libero fœnore obruebant debitores. Cujus cernendi cum ratio quæreretur, diem finiri placuit, Feralia quæ proxima fuiſſent: ut qui poſt eam diem ſocii civibus Romanis credidiſſent pecunias, profiterentur: & ex ea die pecuniæ creditæ, quibus debitor vellet legibus, jus creditori diceretur. Inde poſteaquam profeſſionibus detecta eſt magnitudo æris alieni per hanc fraudem contracti: M. Sempronius, Tribunus plebis, ex auctoritate patrum plebem rogavit: plebeſque ſcivit, ut cum ſociis ac nomine Latino pecuniæ creditæ jus idem, quod cum civibus Romanis, eſſet.* Ex his verbis intelligimus, lege Sempronia fuiſſe factum: ut, cum ante tantum cives tenerentur lege Genucia, deinde etiam ſocii Latini tenerentur. Sed nec ita plebs quod agebat, obtinere potuit: ſive quod pecuniæ incrementum deinde non ſub antiqua fœnoris appellatione peteretur, quod lex prohibebat: ſed ſub novo uſuræ vel pœnæ nomine, neque lege prohibito, neque ante cognito, ſaltem ea ſignificatione; ut alibi dixi: ſive quod debitores in contrahendo fœnore legis beneficio renuntiarent; cum nollent creditores, iis pecunias credere; niſi caverent, non uſuros ſe lege Genucia: hoc vero cum jure facere viderentur debitores, (quippe de jure ſuo & privata utilitate paciſcentes) facile factum fuit, ut Prætores legis negligentia caperet. Ac neſcio, an hoc aut ſimile indicet Tacitus *d. loc.* cum tandem ſic ait, *Multiſque plebiſcitis obviam itum* fraudibus *quæ toties repreſſæ*, miras per artes *rurſum oriebantur.* Tangit & Appianus, *lib.* 1. *De bellis civilibus*, his verbis. *Per idem tempus (id eſt, A. V. C.* 664. *quo Conſules fuere Cn. Pompejus Strabo & L. Porcius Cato) & in urbe, ob æs alienum exorta eſt ſeditio, dum quidam acerbius uſuras exigunt, contra quam cautum eſſet antiquis legibus. videntur enim illi priſci Romani, ſicut & Græci, abhorruiſſe a fœnore, ut negotiatione moleſta pauperibus, & litium inimicitiarumque materia: quæ res ne Perſis quidem placuit, ut non aliena a fraude ac mendacio. ſed quia veteri jam more fœnus receptum fuerat, fœneratores repoſcebant id jure ſuo: debitores vero bellum & ſeditiones cauſando differebant reddere: nec deerant, qui urgentibus mulctam intentarent. Tum Aſellio Prætor cujus erat ea juriſdictio, quia conciliare partes conatus, nihil proficiebat, permiſit eos legibus agere, admonitis prius, ut in re perplexa, tum de jure, tum de more judicibus. Ibi fœneratores ægre ferentes, renovari mentionem legis veteris, Prætorem tollunt e medio.*

Cæterum, receptis uſuris, cum iterum ſine modo, tantum pro locupletium libidine, exerceretur fœnus, puto, Prætores primum Edictis ſuis centeſimas approbarunt, majores improbarunt. Cicero certe *lib.* 5. *Ad Attic. epiſt. ult.* ita in provinciali Edicto, & tralatitio, fuiſſe, ſeque id, cum Ciliciæ præeſſet, ſequutum refert. idemque de Lucullo, *in ejus vita*, teſtatur Plutarchus. Prætorum inſtitutum porro firmatum videtur Senatuſconſulto cujus idem meminit Cicero *d. lib.* 5. *epiſt. ult.* ſic inquiens, *Præſertim cum S. C. modo factum ſit, puto, poſtquam tu es profectus, in creditorum cauſa, ut centeſimæ perpetuo foenore ducerentur.*

Habes initium legitimæ uſuræ centeſimæ: ut quidem mihi videtur. nam aliis placet, eum modum legi Gabiniæ expenſum ferre: eaque cautum eſſe, ut centeſimæ perpetuo fœnore ducerentur: præterea hac vetitum eſſe, jus dici ex ſyngrapha qua promiſſæ eſſent uſuræ majores centeſima. addunt, ea poſitam eſſe pœnam cum adverſus fœneratores qui acciperent uſuram ſupra modum lege definitum, tum adverſus debitores qui uſuram ſupra modum darent: idque a Cicerone indigitari *d. epiſt. ult.*

Sed male. non enim hoc vult Cicero; ſed lege Gabinia obtinuiſſe, ne quis Legato provinciali Romæ ſub uſuris daret mutuam pecuniam: & ſi dediſſet, ne quis Magiſtratus ex ea ſyngrapha jus diceret, videtur etiam poſita eſſe pœna, cum adverſus fœneratores qui uſuram a provincialibus contra legem acciperent, tum adverſus provinciales qui darent. Expoſui ſenſum legis Gabiniæ: deinde factum accipe quod Cicero refert. id factum tale eſt. Salaminii cum Romæ deſiderarent

pecuniam mutuam: nec quis auderet iis credere contra legem Gabiniam: tandem promiſerunt Scaptius & Matinius, ſe daturos quaternis centeſimis: modo, ſi per Senatum lege Gabinia ſolverentur. fit Senatuſconſultum auctoritate Bruti apud quem gratia valebant Scaptius & Matinius. eo Senatuſconſulto cautum fuit, ne ea fœneratio aut Salaminiis aut fœneratoribus fraudi eſſet. pecuniam numerant Scaptius & Matinius: ſed deinde animadverterunt, ſe hoc Senatuſconſulto quidem adjuvari; ſi Salaminii ultro reddant ſortem cum uſuris: ſed ſi nolint, & inviti cogendi ſint, eo nihil adjuvari; quod lege Gabinia non modo vetitum eſſet, Romæ provincialibus pecuniam fœnori dare; & his accipere: ſed etiam Magiſtratibus eſſet vetitum, ex tali ſyngrapha jus dicere. impetrarunt igitur auctoritate Bruti alterum Senatuſconſultum: quo hæc ſyngrapha jubebatur eſſe eodem jure quo ſyngraphæ quas unicuique in provincia per leges facere liceret: his vero ex Edicto tralatitio non niſi centeſimæ ducebantur. ita Ciceroni licuit, ſervare Edictum ſuum, & non morari uſuras in ſyngrapha expreſſas. Unde apparet, errare doctiſſimos homines; cum modum centeſimæ legi Gabiniæ imputant; & ad id utuntur eo Ciceronis loco: cum neque lex Gabinia de centeſima locuta probetur; neque id Cicero dixerit. quod præclare animadvertit Vir Summus, Johannes Fredericus Gronovius, *Antexegeſi* 2. *de centeſim. & unc. uſur.* §. 36.

Sic quidem libera republica. at mutata, uſuris etiam Principum Conſtitutionibus poſitum eſſe hunc modum, veriſimile eſt: meminitque earum Papinianus, apud Ulpianum *l.* 13. §. 26. *D. de actionibus empti & venditi*, & Imp. Philippus *l.* 20. *C. de uſuris.*

CAPUT V.

De modo uſurarum quæ in bonæ fidei judiciis officio Judicis præſtantur ſine conventione. eum modum ex æquo & bono finiri: ac plerumque regi more regionis, ubi contractum eſt: interdum hunc excedere, atque etiam centeſimam attingere: & in quibus cauſis. Ulpianus l. 10. *§.* 3. *D. Mandati vel contra correctus, improbata Jacobi Cujacii diſpunctione. l.* 17. *C. de locato & conducto explicita, an emendata.*

Atque hæc de uſuris ex conventione præſtandis. ſupereſt, ut videamus de his quæ ſine ea officio Judicis debeantur. de his ita Papinianus *l.* 1. *D. de uſuris. Cum judicio bonæ fidei diſceptatur, arbitrio judicis uſurarum modus ex more regionis, ubi contractum eſt, conſtituitur: ita tamen, ut legi non offendat.* Papinianus dicit, *legi offendere:* ſicut Ulpianus, *proſpectui offendere l.* 15. *D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum.* vult autem Papinianus, uſuras in bonæ fidei judiciis, etſi nulla intervenerit conventio, deberi Judicis officio: at non mero, ſed habita ratione moris regionis in qua contractum eſt. & ita in his conſtitutum eſſe, Ulpianus refert *l.* 37. *D. de uſuris.* idemque in legatis jus eſſe *l.* 39. §. 1. *D. de legatis lib.* 1. Dum tamen legi non offendat. ita in *d. l.* 1. addit Papinianus. (nam ejus eſt ea adjectio, etſi videri poſſit eſſe Triboniani, ex *l.* 26. §. 1. *verſ. Nec liceat C. de uſuris.*) indigitat autem Papinianus, non magis Judicis poteſtatem, quam ſtipulationem, centeſimas egredi poſſe: quia neutra debet offendi lex quæ uſuras coërcet intra modum centeſimæ. Sed an utique ad centeſimam adſcendet Judex? nec hoc facile dixerim: quia centeſima, etſi legitima eſſet, tamen (ſi Senecam audimus *lib.* 7. *De beneficiis c.* x.) ſanguinolenta habebatur: nec omnium erat, ſed acerbiſſimorum, aut certe durorum, fœneratorum: ut quidem Cicero opinatur *lib.* 6. *Ad Atticum epiſt.* 1. & ex eo Seneca *epiſt.* 118. idem de deuncibus dicemus. nam & has avidas vocat Perſius *ſat.* 5. *verſ.* 150. jubetur autem Judex in bonæ fidei judicio non ſummum jus, ſed humanitatem, ſequi: neque creditoris aviditatem fovere; ſed ex æquo & bono æſtimare quantum ei dari oporteat. atque hoc in bonæ fidei judiciis circa uſuras conſtitutum eſſe, Ulpianus auctor eſt *l.* 12. §. 9. *D. Mandati vel contra.* adjudicabit igitur Judex uſuras ex more regionis *d. l.* 1. *& d. l.* 37. *D. de uſuris.* Sed quas? & ait Ulpianus *l.* 7. §. 10. *D. de adminiſtratione tutorum*, cum de directa tutelæ actione agit, hanc formam eſſe, ut tutor, præterquam in exceptis caſibus de quibus mox, ſecundum morem provinciæ pupillo præſtet aut quincunces quas Perſius *ſat.* 5. *verſ.* 149. vocat modeſtas, aut trientes quæ Capitolino *in Antonino Pio c.* 2. minimæ, id eſt, valde parvæ, dicuntur; ut ſupra monui: vel ſi quæ aliæ leviores in provincia frequententur *d. l.* 7. §. 10. ac ſecundum hæc accipiendum eſt illud ejuſdem Ulpiani *l.* 7. §. 5. *D. de pactis*, *Et ſi in tutelæ actione convenit, ut majores, quam ſtatutæ ſunt, uſuræ præſtentur.* Hoc in directa tutelæ actione. idem vel ſimile in contraria: niſi ſi tutor ſub gravioribus uſuris pecuniam mutuatus ſit, vel cum a debitore ſuo uberrimas acciperet, ab eo ſortem exegerit, ut talibus pupillum liberaret: nam tunc in contrariam actionem venire uſuras quas ipſe pendit, vel quibus caruit, Ulpianus probat *l.* 3. §. 1. *D. de contraria tutelæ actione.* id-

idque & in contraria negotiorum geſtorum actione, denique, in bonæ fidei judiciis, conſtitutum eſſe *l. 37. D. de uſuris. l. 12. §. 9. D. Mandati vel contra.*

Numquam igitur debet Judex in bonæ fidei judiciis centeſimam egredi: ſed nec facile ad illam adſcendere: nec tamen ſemper infra eam conſiſtet. ſunt enim caſus in quibus Principum Conſtitutionibus placuit, uſuras non leviores pro more regionis, ſed legitimas, ſive graviſſimas & maximas, id eſt, centeſimas deberi. talis eſt, ſi tutor pupillarem pecuniam in uſus ſuos clam converterit *l. 7. §. 4. D. de adminiſtratione tutorum*, aut ſi illam apud ſe eſſe negaverit, & Prætor contra eum pronuntiaverit, vel ſi moram depoſitioni fecerit, & Prætor irrogaverit ei legitimas. ſi enim vel comminatio Prætoris vel ſimile quid præceſſerit: Judex qui quandoque cognoſcet, decretum Prætoris ſequetur *d. l. 7. §. 7. & 10.* ſed & ſi tutor negat, aliquam quantitatem penes ſe eſſe ad alendos pupillos, vel pupillis ad onera ſua expedienda impoſuerit neceſſitatem mutuam pecuniam legitimis uſuris accipiendi, tenebitur in legitimis *d. l. 7. §. 10.* id eſt, graviſſimis *d. l. 7. §. 8.* item, ſi a debitoribus legitimas, ſeu centeſimas, acceperit. ex cæteris cauſis, ſecundum morem provinciæ, præſtabit uſuras, aut quincunces, aut trientes, aut ſi quæ aliæ leviores in provincia frequentantur *d. l. 7. §. 10.* atque hæc & Tryphoninus *l. 38. D. de negotiis geſtis* in tutore cenſet. nec in eo tantum; ſed amplius, in Magiſtratu municipali, ſi pecuniam publicam in uſus ſuos converterit. nam hunc quoque maximas uſuras præſtare. & addit, ita a Divis Principibus eſſe conſtitutum. nempe, quia illi (cum gratuitam, certe integram & abſtinentem omni lucro præſtare fidem deberent) licentia, qua videntur abuti, maximis uſuris, vice cujuſdam pœnæ ſubjiciuntur.

Idem jus eſt in negotiorum geſtore. nam & hic domino gratuitam, certe integram & omni lucro abſtinentem, fidem præſtare debet. quam ſi negligit, quia ejus pecuniam in uſus ſuos convertit, videtur abuti licentia quam ei præbet adminiſtratio. recte igitur maximis uſuris vice cujuſdam pœnæ ſubjicitur. quamquam id aliter eſſe, Tryphoninus ait *d. l. 38.* ſi jam debuit pecuniam, antequam ad negotiorum geſtionem accederet: quia tum non ex adminiſtratione eam ſumpſit malo more: ſed quaſi ab amico accepit. nihil igitur eſt quod ab initio culpetur: ac ſi eam ſibi, cum poſſet, deinde non ſolvit, tantum in mora eſt: ob quam etſi ad uſuras teneatur, non tamen ad maximas, ſeu centeſimas, tenetur; ſed quæ in regione frequentantur, exemplo aliorum debitorum. cæterum ſi poſtquam ad amici negotia acceſſit, ejus pecuniam in uſus ſuos convertit; eſt quod ab initio reprehendatur: quia alienæ pecuniæ utilitatem per ſpeciem adminiſtrationis ad ſe clam transfert. incipit igitur debitor eſſe malo more: abuſus licentia quam habebat; atque adeo vice cujuſdam pœnæ recte graviſſimis uſuris ſubjicitur.

Idem receptum videtur in procuratore qui domini pecuniam in uſus ſuos converterit. eſt enim in eo ratio ſuperioribus ſimilis. præterea Tryphoninus inter cæteros etiam eum complectitur; cum ſic ſcribit *d. l. 38.* *Quoniam ubi quis ejus pecuniam cujus tutelam, negotiave adminiſtrat, aut Magiſtratus municipii publicam in uſus ſuos convertit, maximas uſuras præſtat, ut eſt conſtitutum a Divis Principibus.* Accedit, quod Ulpianus *l. 10. §. 3. D. Mandati vel contra.* rem clare & plene indigitat: modo recte legatur. verba hæc ſunt. *Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique uſuras mihi pendet. Sed & ſi pecuniam meam fœnori dedit, uſuraſque conſecutus eſt, conſequenter dicemus, debere eum præſtare, quamtumcunque emolumentum ſenſit, ſive ei mandavi, ſive non: quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum ſentiat. Quod ſi non exercuit pecuniam, ſed ad uſus ſuos convertit, in uſuras convenietur, quæ legitimo modo in regionibus frequentantur. denique Papinianus ait, etiam ſi uſuras exegerit procurator, & in uſus ſuos convertit, uſuras eum præſtare debere.* Sic habent libri, typis deſcripti. male: ut jam olim animadvertit Jacobus Cujacius, *lib. 13. Obſerv. c. 15.* etſi nec ipſe feliciter affectum reſtituit locum; ſuſpicatus, hæc verba, *quæ legitimo modo in regionibus frequentantur*, trajecta eſſe; & conjungenda cum fine primi verſus ejuſdem §. hoc modo, *Si procurator meus pecuniam meam habet, ex mora utique uſuras mihi pendet quæ legitimo modo in regionibus frequentantur.* Sed quid eſt? ſcribe meo periculo, *Si procurator meus pecuniam meam habeat*, ex mora *utique uſuras mihi pendet* quæ in regionibus frequentantur. *Sed & ſi pecuniam meam* fœnori dedit, uſuraſque conſecutus eſt, *conſequenter dicemus, debere eum præſtare*, quamtumcunque emolumentum ſenſit, *ſive ei mandavi, ſive non: quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum ſentiat. Quod ſi non exercuit pecuniam, ſed* ad uſus ſuos convertit, *in uſuras convenietur* legitimo modo. *& reliqua.* Sic ego conjicio: nec dubito, quin vere & convenienter ſententiæ Ulpiani. fecit is tres caſus, & ratione & Jure diſtinctos. primus vult procuratorem quidem ex mora teneri ad uſuras, ſed non alias, quam quæ in regione frequentantur: quod in omnibus bonæ fidei judiciis conſtitutum eſſe, oſtendi. alter vult, procuratorem qui domini pecuniam fœnori dedit, ei reſtituere uſuras quantaſcumque acceperit. nempe, ne de alieno lucrum ſentiat: quod & alibi verum eſſe probavi. tertius caſus vult, procuratorem, ſi non exercuit pecuniam, ſed in uſus ſuos convertit, ad uſuras legitimo conveniri modo: id eſt, (ut Try-

phonius ea in ſpecie loquitur *d. l.* 38.) ad uſuras maximas. ait autem Ulpianus, eum ad uſuras conveniri *legitimo modo*: pro, ad modum lege præſcriptum, ſive ad finem legis: pari ratione qua Papinianus *l.* 1. §. 3. *D. de pignoribus & hypothecis* inſit, *Pacto placuit, ut ad diem uſuris non ſolutis, fructus hypothecarum compenſarentur fini legitimæ uſuræ.* pro quo Modeſtinus *l.* 8. *D. In quibus cauſis pignus vel hypotheca tacite contrahitur* ait, *ad modum legitimum uſuras retineri*; & Papinianus *l.* 4. §. 1. *D. de nautico fœnore* dicit, *ad finem centeſimæ.*

Ex eodem genere eſt, quod ſi quis communem inſulam ſuis impenſis refecerit, ceſſante ſocio, deindeque is ſocius impenſas illi reſtituere velit intra quatuor menſes, poſtquam opus refectum erit, placuit, poſſe reſtituere cum centeſimis uſuris *l.* 4. *C. de ædificiis privatis*: jure introducto Oratione D. Marci cujus mentio fit ab Ulpiano *l.* 52. §. 10. *D. Pro ſocio*: apud quem etiam Accurſius, pro *certis uſuris*, quomodo habet exemplar Florentinum, alias legi ſcribit *centeſimis uſuris*: rectiſſime.

An idem dicemus in locatione & conductione? ſuadere videntur hæc Impp. Diocletiani & Maximiani verba *l.* 17. *C. de locato & conducto. Præſes provinciæ ea quæ ex locatione debentur, exſolvi ſine mora curabit: non ignarus ex locato & conducto actionem, cum ſit bonæ fidei, poſt moram, uſuras legitimas* admittere. Quæ enim *legitimæ uſuræ*, niſi centeſimæ? quæ ſolæ *legitimæ* appellantur illa ætate. Sed non ita eſt. volunt Imperatores, in locatione deberi uſuras communes omnium judiciorum bonæ fidei, in quibus leviores præſtantur pro more regionis; quæ legitimis opponuntur *l.* 7. §. 10. §. 7. 8. & 9. *D. de adminiſtratione tutorum*, quamquam alioquin non male *legitimæ* dici poſſint: ſicut *ſtatutæ* uſuræ *l.* 7. §. 5. *D. de pactis*: quas receperint Principes quorum Conſtitutiones *leges* appellari, certum eſt. ſed quia hoc nomen ante ſibi jam vindicaverant centeſimæ, deinde inventis quæ pro more regionis præſtantur in bonæ fidei judiciis, non placuit, cum his idem communicari nomen *dd. loc.* Sed ſi hoc eſt, unde in *d. l.* 17. *legitimæ* uſuræ hæ quæ leviores? an *legitimæ* uſuræ ſunt uſuræ *ſolitæ*? ſane ſic vocantur *l.* 2. *C. de locato & conducto*; & *legitimus* pro *ſolemni* ſæpe accipitur: ut in *l.* 2. §. 6. *D. de origine juris*, & *l.* 3. §. 2. *D. de ſtellionatu.* apud Petronium quoque *Satyric.* his verbis, *Intraverunt palæſtricæ quam plures: & nos legitimo perfuſos oleo refecerunt.* Veriſimilius tamen mihi videtur, Impp. Diocletianum & Maximianum *d. l.* 17. ſcripſiſſe, *poſt moram uſuras admittere*; ſed Tribonianum ex uſu *l.* 26. §. 1. *C. de uſuris* poſuiſſe *uſuras legitimas.*

Caput VI.

Cur modus uſurarum quæ in bonæ fidei judiciis & quibuſdam aliis officio Judicis debentur, non ſit infinitus; cum ad id quod intereſt referantur; & in corporum æſtimatione, etiam in pecunia certo loco promiſſa, aliter obſervetur. nodus in ratione juris ſatis difficilis ſolutus.

Hactenus intra centeſimam coarctavimus uſuram; ſive conventione, ſive officio Judicis, debeatur. ſequitur, quam id recte fiat. non tamen, cum ad quæſtum res reſpicit, & in ſpecie uſura aut fœnus dicitur: tum enim claræ fuerit utilitatis, coërceri avaritiam, niſi inhibeatur, longius evagaturam. idemque erit, ſi uſura poſt moram quidem, ſed ex conventione, debeatur: etſi tum magis pœna, aut id quod intereſt, videatur: ſcilicet, ne quid ſub eo commento fiat in fraudem Conſtitutionum quibus poſitus eſt uſuris modus: ut ex Papiniano Ulpianus obſervat *l.* 13. §. 29. *D. de actionibus empti & venditi.* ſed id periculum non eſt; cum uſura Judicis officio debetur: ac cum ea quoque in ſpecie non tam uſura ſit, quam id quod intereſt, cujus æſtimatio pro ratione ceſſantis lucri aut emergentis damni (ex utroque enim conſtat id quod intereſt *l.* 13. *D. Ratam rem haberi*, *l. unic. C. de ſententiis quæ pro eo quod intereſt proferuntur*) modo pluris, modo minoris ſit, atque, ut Paulus ait *l.* 24. *D. de regulis juris*, in facto, non in jure, conſiſtat, etiam in corporum præſtationibus *l.* 1. *D. de actionibus empti & venditi*, in quibus fere ſimplex naſcitur damni genus: profecto non debet uſura pecuniæ cujus uſus tam varius, tamque incertus eſt, ubi officio Judicis debetur, uni adſtringi formulæ. magis, cum varie hominum interſit, circa eam non committi moram, dubitari poſſit, an ejus æſtimatio Judicis arbitrio relinqui potius, quam certa juris regula comprehendi, debeat. quid enim, ſi creditor negotiari ſolitus, accepta pecunia, potuerit merces comparare, atque ex his majus lucrum facere, quam ex uſuris? quid, ſi alii debuerit ſub pœna, eaque commiſſa ſit mora tua, aut ſub pignoribus quæ ideo diſtracta ſint, quia non poterat pecuniam ſolvere ob ſui moram debitoris? nonne æquum fuerit, ei reparari lucrum quo caret, aut damnum quod paſſus eſt? videri poſſit ex Ulpiano *l.* 2. §. *ult. D. de eo quod certo loco*, ſequentibus verbis. *Nunc de officio judicis hujus actionis loquendum eſt. utrum quantitati contractus de-*

debeat ſervire, an vel excedere, vel minuere quantitatem [*debeat*]: *ut ſi interfuiſſet rei, Epheſi potius ſolvere, quam eo loci quo conveniebatur, ratio ejus haberetur? Julianus Labeonis opinionem ſequutus, etiam actoris habuit rationem: cujus interdum potuit intereſſe, Epheſi recipere. itaque utilitas quoque actoris veniet. quid enim, ſi trajectitiam pecuniam dederit, Epheſi recepturus, ubi ſub pœna debebat pecuniam, vel ſub pignoribus: & diſtracta pignora ſunt, vel pœna commiſſa mora tua? vel fiſco aliquid debebatur, & res ſtipulatoris viliſſimo diſtracta eſt? in hanc arbitrariam quod interfuit veniet: & quidem ultra legitimum modum uſurarum. Quid ſi merces ſolebat comparare? & an lucri ratio habeatur, non ſolius damni? puto & lucri habendam rationem.*

Sed non recte. nam ſi creditori fiat jus aut neceſſitas taxandi damnum quod poſſit ex mora debitæ pecuniæ pati: quæſo, quis fuerit exitus litium, de ea naſciturarum, tam frequente pecuniæ credito, in eoque difficili probatione ejus quod intereſt *l. ult. D. de ſtipulationibus prætoriis*, ob variam atque incertam pecuniæ utilitatem. debet enim creditor, petens id quod ſua intereſt ex mora debitæ pecuniæ, probare, quantum petit, tanti ſua re vera intereſſe *l. unic. C. de ſententiis quæ pro eo quod intereſt proferuntur*; id eſt, ſibi idcirco tantum abeſſe, quia ei data non ſit pecunia debita. ſic enim coarctanda res eſt: quia quæſtioni eſt utilitas pecuniæ, non qualiſcumque, ſed ejus de qua agitur. illa vero quæ eſt, niſi certo haberi poſſit, atque ex ea pecunia quæ debetur? adeo ſi quid percipi quidem potuerit; ſed ita, ut etiam potuerit non percipi: etſi aliqua, etiam magna, fuerit ejus ſpes; id in æſtimatione ejus quod intereſt, pro eo quod abeſt, non habetur: tantum quia non probat creditor, ſe habiturum fuiſſe, quod an habiturus fuerit, incertum relinquit. jam ſi quid haberi certo poſſit, ſed æque ex alia atque ex debita pecunia: neque hoc ad ejus quod intereſt, æſtimationem pertinet: quia non videtur ei ex mora debitæ pecuniæ abeſſe, quod æque potuit ei ex alia pecunia, vel quam habet, vel quam poſſit fœnori accipere, atque ex debita, contingere *l. 21. §. 3. D. de actionibus empti & venditi.* Difficilis igitur eſt probatio ejus quod intereſt, præſertim debita pecunia: & ideo conſequens fuit utilitati expediendarum rerum, quæ maxima eſt in civili ſocietate, damnum ex pecunia non ſoluta natum, magis uſurarum modo finiri, quam mero Judicis arbitrio: nec intereſſe, utrum negotiator fuerit creditor, an alius; & an majus lucrum facere potuerit, accepta pecunia, an non. id enim Hermogeniano viſum *l. 19. D. de periculo & commodo rei venditæ*: cum ſic inſit, *Venditori ſi emptor in pretio ſolvendo moram fecerit, uſuras duntaxat præſtabit, non omne omnino quod venditor, mora non facta, conſequi potuit, veluti, ſi negotiator fuit, & pretio ſoluto ex mercibus plus, quam ex uſuris quærere potuit.* Sic Hermogenianus. Papinianus quoque *l. 70. §. 1. D. de legatis lib. 2.* verba Papiniani. *Si centum legatis duplum reſtituere rogatus ſit, ad ſummam legati videbitur conſtituiſſe: ſi autem poſt tempus fideicommiſſum relictum ſit, uſurarum duntaxat additamentum admittetur. nec mutanda ſententia erit quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio conſecutus eſt, aut pœnam ſtipulationis imminentem evaſit. Hæc ita, ſi quantitas cum quantitate conferatur. enimvero ſi pecunia accepta rogatus ſit rem propriam, quamquam majoris pretii eſt, reſtituere: non eſt audiendus legatarius, legato percepto, ſi velit computare, non enim æquitas hoc probare patitur, ſi quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat.*

Atqui cum corpus debetur, non finitur certo modo id quod intereſt. cur igitur, ſi pecunia debeatur, eo finiatur? Verum videamus, ne cum pecuniæ debito male corporis debitum comparetur. refert enim, quod damnum, veniens ex mora non ſoluti corporis cujus certus uſus eſt, obligationis ex qua petitur, natura indigitatur: in obligatione vero ejus qui pecuniam debet, nihil tale. non enim apparet in ea genus damni, utique emerſuri creditori, non ſoluta pecunia: tam vario præſertim ac multiplice pecuniæ uſu. atque hoc ſi eſt, videtur debitor, promiſſo & non ſoluto corpore, obligari ad damnum cui mora ſua cauſam præbet, & in quo nihil ei fortuitum accidit: atque ipſum quia liquere Judici poteſt; etiam probare ei poteſt creditor, quantum petit, tantum ſibi abeſſe idcirco, quod ei traditum non ſit promiſſum corpus. ſed hoc in pecunia debita non eſt: nam obligatio ejus qui eam promiſit, nihil præfert ex quo intelligat quale naſciturum ſit damnum ex mora ejus, & proinde ad quid potiſſimum teneatur: tam multiplice damno quod creditor pati poſſit ex variis cauſis quæ humanis neceſſitatibus immineant, neque debitori interim pecuniæ obligatione monſtrentur, atque a creditore etiam aliter evitari poſſint, & adeo debitoris contemplatione pro fortuitis habendæ ſint. ita paulatim efficitur, ut pecuniæ debitor, commiſſa mora non ultra, quam ad uſuras, teneatur: quia id demum damnum in pecunia inducitur; certe a debitore cogitari, atque a creditore probari, denique a Judice ex mora regionis æſtimari, poteſt. maxime, poſtquam placuit, uſuras in bonæ fidei judiciis, & fideicommiſſis ac legatis, ex mora, etiam ſine ea interdum, officio Judicis præſtari. deinde enim non ex alicujus incerto negotiationis pendere, neque extrinſecus pecuniæ accedere, ſed circa hanc conſiſtere, atque ex ea, exemplo fructuum, percipi intelliguntur, auctore Ulpiano *l. 34. D. de uſuris.* Non igitur ut in corporum, ſic in pecuniæ, præſtatione infinita ejus quod intereſt æſtimatio eſt.

At-

Atque hoc adeo placet, ut in uno eodemque contractu qui ex utroque latere ſit obligatorius, qualis eſt emptio & venditio, verbi gratia, quæ utrimque debentur præſtationes, non pari atque eadem ratione æſtimentur: nempe quia venditor intelligit, ſe emptori ad vacuam rei traditionem, & præterea ad evictionem, teneri: hoc enim emptionis natura continetur *l.* 11. §. 1. *&* 2. *D. de actionibus empti & venditi:* & ideo ſi non tradat fundum, aut tradat, ſed evincatur; nullam eſſe cauſam, cur neget, ſe teneri ad omne quod emptoris interſit, rem aut traditam eſſe, aut non evictam. non enim quod promiſit, præſtat, nec ei accidit quod ſibi improviſum dicere poſſit. æquum igitur eſt, ut id quod emptoris intereſt *l.* 1. *D. de actionibus empti & venditi*, hoc eſt, omnis ejus utilitas in æſtimationem veniat quæ modo circa ipſam rem conſiſtat *l.* 21. §. 3. *D. eod. tit.* Sed non idem eſt ab emptoris parte; quia ei non oſtendit obligatio, quid venditor pecunia ſua facere velit: ac multo minus, quale damnum paſſurus ſit, ea non ſoluta: tantum vult, emptorem teneri ad pretii numerationem: proinde ſi non numeret, & venditor damnum patiatur, aut lucro careat, puta, quia ſub pœna debebat, vel poterat merces comparare, de neutro tenebitur emptor. neutrum enim circa pretium conſiſtit. utrumque magis extrinſecus accedit, & potuit aliter evitari, denique emptoris reſpectu fortuitus habetur caſus, ad quem ſe obligatione ſua non adſtrinxit. tantum igitur ad pretium & ad uſuras tenetur poſt diem traditionis *l.* 13. §. 20. *D. de actionibus empti & venditi.* quia uſuræ in bonæ fidei judiciis hodie Judicis officio non præſtantur propter negotiationem, ſed ex ipſa pecunia fructuum exemplo percipiuntur. *l.* 34. *D. de uſuris.* ac cum emptor re fruatur, ejus tradita poſſeſſione, æquiſſimum eſt, eum uſuras pretii pendere *d. l.* 13. §. 20.

Si quis tamen pecuniam certo promiſerit loco & eo non ſolverit: is non uſurarum modo tenetur, ſed ad omne quod creditoris interſit, ſolutionem eo loco eſſe factam, auctore Ulpiano *l.* 2. §. *ult. D. de eo quod certo loco:* ſed non aliam ob cauſam, quam quod is ſe non obligavit ſolum ad pecuniæ ſolutionem; ſed etiam, ut ea certo fiat loco, in quo ea indigebat creditor. eam igitur ſi non fecerit eo in loco debitor, jam non mora quæſtioni eſt, ſed factum ejus qui promiſit pecuniam ibi ſolvere, ubi ea indigebat creditor, & non ſolvit. quare ſi ob id damnum fecit creditor, aut lucro caret, debitorem etiam ultra legitimum uſurarum modum teneri, recte Ulpianus probat *d. l.* 2. §. *ult.* quia hoc in contrahendo actum intelligi poteſt. atque ideo ſi eo in loco de quo actum eſt, verbi gratia, Epheſi, petatur, ipſam ſolam ſummam peti, nec amplius quid, Ulpianus ſcribit: niſi ſi quid eſſet ſtipulatus creditor, vel ſi temporis utilitas intervenerit *l.* 4. *D. eod. tit.* fac, ſtipulatus ſum, decem cum uſuris Epheſi dari certo die: (qui fere eſt caſus *l.* 122. *D. de verborum obligationibus*) ſi non dederis & Epheſi petam; teneris mihi non ad id quod intereſt, ſed ad uſuras: ſed ſi alio petam loco; ad utrumque teneri te, Ulpianus ait *d. l.* 4. is tamen & eo in loco & *in d. l.* 2. §. *ult.* agit de officio Judicis in actione arbitraria de eo quod certo loco, quæ interpoſita ſtipulatione obtinet. ſed idem eſt in bonæ fidei judiciis, ſi in contrahendo convenerit, ut quid certo loco præſtetur. tum enim non arbitrariam, ſed ex empto, vel vendito, vel depoſiti, actionem competere, Paulus auctor eſt *l.* 7. *D. eod. tit.*

CAPUT VII.

In quibus caſibus licuerit creditori egredi legitimum uſurarum modum. ac primum de nautico fænore. hoc infinitum fuiſſe: & cur? Papinianus emendatus & expoſitus l. 4. pr. & §. 1. D. de nautico fænore. ſenſus & lectio l. 5. D. de nautico fænore.

Probatum igitur eſt, uſuras, etſi potuerint ad centeſimas adſcendere, tamen non potuiſſe centeſimas egredi, præterquam in paucis caſibus, quos deinceps interpretari conſtitui. unus fuit in pecunia trajectitia. in qua duplicem centeſimam promitti potuiſſe, Budæus auctor eſt, *Annotationibus prioribus ad Pandectas pag.* 364. movetque eum *l.* 4. *D. de nautico fænore:* cujus hæc ſunt verba. *Nihil intereſt, trajectitia pecunia ſine periculo creditoris accepta ſit, an poſt diem præſtitutum & conditionem impletam periculum eſſe creditoris deſierit: utrubique igitur majus legitima uſura fænus non debebitur. Sed in priore quidem ſpecie ſemper: in altera vero diſcuſſo periculo: nec pignora, vel hypothecæ titulo majoris uſuræ tenebuntur.* §. 1. *Pro operis ſervi trajectitiæ pecuniæ gratia ſecuti, quod in ſingulos dies in ſtipulatum deductum eſt, ad finem centeſimæ, non ultra duplum debetur. In ſtipulatione fænoris, poſt diem periculi ſeparatim interpoſita, quod [in ea] legitimæ uſuræ deerit, per alteram ſtipulationem operarum ſupplebitur.* Eam legem Budæus ſic emendandam eſſe exiſtimat, *ad finem non ultra duplum centeſimæ debetur.* quomodo Haloander edidit: ſenſum autem eſſe, Budæus putat, non poſſe trajectitiam pecuniam ultra duas centeſimas mereri; & addit, duas cen-

teſimas

teſimas potuiſſe deberi pro duobus commeatibus, id eſt, pro pecuniæ trajectu, & mercium retro importatione ex ea pecunia comparatarum: ut in *l.* 1. *D. eod. tit.* Sic ille: ſi vere; quid præcipuum fuit in pecunia trajectitia? non enim potuit, ſi Budæum audimus, egredi modum unius centeſimæ, id eſt, legitimæ uſuræ; niſi creditor ejus pecuniæ periculum in ſe ſuſceperit pro navis itu & reditu. tum quoque etſi duæ centeſimæ deberi potuerint, tamen non aliam ob cauſam potuere, quam quia ad creditoris periculum non ſemel, ſed bis, pertinuit trajectitia pecunia. Atqui Imperator Juſtinianus *l.* 26. §. 1. *C. de uſuris* ait, veteribus legibus conceſſum fuiſſe in trajectitiis pecuniis egredi centeſimam. Non igitur placet quod Budæus voluit. Nec magis quod Molinæus conjecit, *De uſuris n.* 40. ante *l.* 26. §. 1. *C. de uſuris* quæ Juſtiniani eſt, in trajectitiis pecuniis de jure licuiſſe ſtipulari paulo ſupra centeſimam. nam verum eſt, non jus civile finem poſuiſſe nautico fœnori: ſed contrahentium conventionem eum feciſſe pro ratione periculi majoris aut minoris quod in ſe ſuſciperet creditor. id Paulus docet, *lib.* 2. *Sentent. tit.* 14. §. 3. Verba Pauli. *Trajectitia pecunia, propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas uſuras recipere poteſt.* Non vult Paulus, trajectitiam pecuniam unam aut duplicem centeſimam recipere; ſed infinitas uſuras. Vocat autem *infinitas* quæ ſunt indefinitæ. pariter, ut Imp. Juſtinianus §. 4. *Inſt. de heredibus inſtituendis*, cum inquit, *Et unum hominem & plures uſque in infinitum, quot quis heredes vellt, facere licet*, verbum, *in infinitum*, ponit pro *in indefinitum.* ſicut & Macer *l.* 7. §. 1. *D. Ad legem Juliam repetundarum*, his verbis. *Lex ab exceptis quidem in infinitum capere permittit.* Senſus igitur Pauli eſt, fœnori nautico non eſſe aliquem civili jure poſitum finem: & ideo hoc non utique intra unam centeſimam ſubſiſtere; ſive, ut Ulpianus loquitur, intra legitimum uſurarum modum *l.* 2. §. *ult. D. de eo quod certo loco*: ſed poſſe vel duplices, vel triplices, vel quadruplices, vel plures, centeſimas admittere. Quæſo, quam ob cauſam? ait Paulus, *propter periculum creditoris*: id eſt, quia hujuſmodi uſura non tam pro pecuniæ uſu, aut moræ reparatione, datur, (etſi pro his quoque ſolvitur) quam pro pretio periculi maris quod in ſe ſuſcepit creditor, alioquin debitoris futurum *l. ult. C. de nautico fœnore.* non autem æquum fuerit: ſi debitor pecuniam trans mare vehat periculo creditoris, eaque lucrum faciat, & tamen non ſolvat ei periculi æſtimationem. Sed ratio vult, inter contrahentes ſervari æqualitatem: & debitorem, cum lucrum, & hoc inſigne, ut ſolet in tranſmarinis negotiationibus, facit periculo creditoris, ei periculi pretium reparare majore uſura, non iniquum eſſe. Sed hoc, *quamdiu navis navigat*: ut optime Paulus *d. loc.* etiam Diocletianus ac Maximianus *l.* 1. *C. eod. tit.* nam tam diu durat periculum cujus pretium eſt infinita uſura. Quid, ſi creditor non ſuſcepit in ſe periculum? uſura non infinita, id eſt, nautica, debetur; ſed centeſima, ſeu communis *l.* 2. *C. de nautico fœnore.* idemque eſt, ſi in ſe ſuſcepit periculum; ſed non in omnem navigationem; ſed ad certam diem aut conditionem. nam tum infinita quidem ante diem aut conditionem debetur; ſed poſt diem aut conditionem non debetur; quia ſublato periculo, nihil eſt quod æſtimetur ultra communes uſuras. tantum igitur legitima, id eſt, centeſima, uſura debetur: major non debetur; quia major periculi æſtimationem continet. id vero hic non eſt. nec igitur æſtimatione ejus, id eſt, infinita uſura opus eſt. Atque hoc Papinianus vult *l.* 4. *D. de nautico fœnore*: cum ſic loquitur, *Nihil intereſt, trajectitia pecunia ſine periculo creditoris accepta ſit, an poſt diem præſtitutum & conditionem impletam periculum eſſe creditoris deſierit: utrubique igitur majus legitima uſura fœnus non debebitur. Sed in priore quidem ſpecie ſemper: in altera vero diſcuſſo periculo.* Sed & hoc egregie addit Papinianus, quod *nec pignora vel hypothecæ titulo majoris uſuræ tenebuntur.* etſi enim pignoris retentione ſæpe ſerventur uſuræ, cum actione ſervari nequeunt; ut, ſi promiſſæ ſint pacto nudo, & in eas quoque pignus acceptum ſit *l.* 4. *l.* 22. *C. de uſuris. l.* 11. §. 3. *D. de pigneratitia actione*: uſuræ tamen majores legitimis, id eſt, centeſimis, ne retentione quidem ſervari poſſunt *l.* 19. *C. Mandati.* Quod ſi eſt: apparet, Papiniano ſuam conſtare rationem, eamque convenientem juri veteri: ac proinde nihil cauſæ eſſe V. Cl. Elberto Leonino *lib.* 4. *Emendat. c.* 7. *n.* 2. cur opinetur, verſiculum illum, *nec pignora vel hypothecæ titulo majoris uſuræ tenebuntur*, non eſſe Papiniani, ſed Triboniani, reſpicientis ad noviſſimum Juſtiniani jus quod ſit ab eo quod Papiniani tempore obtinuerit, diverſum.

Illud videamus, quale ſit, quod porro ait Papinianus §. 1. *d. l.* 4. difficilis enim locus eſt, & quem non, ut debuit, illuſtravit eruditorum hominum induſtria. verba ejus §. ſunt. *Pro operis ſervi trajectitiæ pecuniæ gratia ſecuti quod in ſingulos dies in ſtipulatum deductum eſt, ad finem centeſimæ, non ultra duplum debetur.* Sic Florentiæ legitur. ſed Haloander priora verba *pro operis ſervi trajectitiæ pecuniæ gratia ſecuti*, conjungit cum fine principii capitis: & deinde legit, *non ultra duplum centeſimæ debetur.* ipſumque eſt quod Budæo impoſuit; exiſtimanti, a Papiniano dici, uſuram trajectitiæ pecuniæ non poſſe excedere duplicem centeſimam. quod ſicut in antecceſſum refutavi, ita, ſi attendas, a Papiniano minime dicitur. non enim ei quæſtioni eſt uſura trajectitiæ pecuniæ; ſed quod

ſibi ſtipulatus ſit creditor pro operis ſervi quem juſſerit debitorem ſequi trajectitiæ pecuniæ gratia: (pro more illorum temporum de quo *l.* 23. *D. de obligationibus & actionibus*) vult autem, quod creditor, pro operis ejus ſervi, in dies ſingulos ſtipulatus fuerit, non ultra centeſimam deberi: quamquam pro trajectitia pecunia recte ſtipulari poſſit infinitas uſuras. Is & non alius eſt Papiniani ſenſus, idem clarior futurus, ſi cum ſuperioribus verbis conjungentur mox ſequentia eodem capite: quæ verba ſunt. *In ſtipulatione fœnoris poſt diem periculi ſeparatim interpoſita, quod [in ea] legitimæ uſuræ deerit, per alteram ſtipulationem operarum ſupplebitur.* Senſus eſt, ſi creditor uſuras ſit ſtipulatus poſt diem periculi, ſed minores legitimis, id eſt, centeſimis, poterit, quod his deerit, ſupplere altera ſtipulatione quæ fit pro operis ſervi, ſecuti trajectitiæ pecuniæ exigendæ gratia; ſed uſque ad legitimam, id eſt, centeſimam; non ultra. quod cum præcedentium verborum interpretationi reſpondeat: putem, ea verba *d.* §. 1. deleto verbo, *duplum*, ſic reſtituenda eſſe. *Pro operis ſervi trajectitiæ pecuniæ gratia ſecuti, quod in ſingulos dies in ſtipulatum deductum eſt, ad finem centeſimæ, non ultra, debetur.* vel, ſi quis tueri malit verbum, *duplum*, legerim, *ad finem centeſimæ, nec ultra duplum debetur.* Senſus prioris emendationis hic eſt, creditor debitori dedit pecuniam trajectitiam; ſed periculum in ſe ſuſcepit, non in totam navigationem; ſed in certum dumtaxat diem. is creditor juſſit, ſervum cum debitore navigare; & pecuniam creditam ſua die exigere cum uſuris; ac, ſi tardius ſolveretur, pro operis ſervi quibus cariturus eſſet propter moram debitoris, præterea pœnam ſtipulatus eſt in ſingulos dies. (ſunt enim operæ diurnum officium *l.* 1. *D. de operis libertorum*) quæritur, quanta pœna eſſe poſſit? reſpondit Papinianus, deberi pœnam intra uſuram centeſimam ſortis creditæ; non ultra. quid ita? quia poteſt quidem creditor intra diem, periculo conſtitutum, ſtipulari infinitam uſuram pecuniæ trajectitiæ; ſed poſt eum tantum legitimam, id eſt, centeſimam. non igitur poteſt creditor poſt eum diem, ne ſub prætextu quidem operarum ſervi, ſtipulari pœnam quæ egrediatur centeſimam ſortis creditæ; quia ea pœna eſt vice uſurarum: nemo autem poteſt pœnam pro uſuris ſtipulari ultra licitum uſurarum modum *l.* 44. *D. de uſuris.* Et ita eſt, quod creditor pro operis ſervi ſtipulatur, debetur quidem ad finem, ſeu modum, centeſimæ, ſed non ultra: quia ea operarum ſtipulatio demum uſum habet, poſtquam deſiit navigationis periculum; ante vero non habet uſum. quippe cum durante periculo, nihil neceſſe ſit, operarum ſtipulationem diſtingui a fœnore nautico quod infinitum eſt, & ideo poteſt facile qualecumque operarum ſervi pretium complecti. ſed finito periculo, quia uſuræ ſtatim coërcentur fine ſeu modo centeſimæ; jam illud quæſtionis eſt, an poſſit creditor egredi modum centeſimæ, utique per ſtipulationem pecuniæ pro operis ſervi quibus interim careat? quod optime negat Papinianus. Is ſenſus erit prioris noſtræ conjecturæ, expuncto verbo, *duplum.* Quod ſi quis malet legere, *nec ultra duplum debetur*, quæ eſt poſterior noſtra, & ut poſt hæc ſcripta animadverti, fere etiam Cujacii, *lib.* 5. *Obſerv. c.* 38. conjectura: tum ſenſus erit, quod creditor pro operis ejus ſervi ſtipulatur, non debetur ultra centeſimam ſeu legitimam uſuram creditæ ſortis, neque ultra duplum ejus. quod etſi in fœnore nautico, id eſt, infinito, non obtineat; tamen in legitimis uſuris, ſeu centeſimis, id eſt, finitis, locum habet: ut infra a nobis demonſtrabitur; & in Aſia Lucullum conſtituiſſe, Plutarchus refert. Tentavit quoque hanc legem Salmaſius, *De modo uſurarum c.* 8. *pag.* 104. *& ſeqq.* & corrigere & illuſtrare: ſed ſucceſſu tam infelici; ut nil opus ſit, ejus ſententiam hic aut attuliſſe, aut refutaſſe.

Ex ſuperioribus ſubnata eſt alia quæſtio: de qua ita Scævola *l.* 5. *D. de nautico fœnore. Periculi pretium eſt, & ſi conditione quamvis* (a) *pœnali non exiſtente recepturus ſis quod dederis & inſuper aliquid præter pecuniam: ſi modo in aleæ ſpeciem* (b) *non cadat, veluti ea ex quibus conditiones* (c) *naſci ſolent,* (d) *ut ſi* (e) *manumittas, ſi non illud facias, ſi non convaluero, & cætera.* (f) *Nec dubitabis, ſi piſcatori erogaturo in apparatum plurimum pecuniæ dederim, ut ſi cepiſſet, redderet: & athletæ, unde ſe exhiberet exerceretque, ut ſi viciſſet, redderet.* Recepto jure, de quo dixi, in trajectitia pecunia, id eſt, ut creditor in ſe ſuſcipiat maris periculum, & pro ejus pretio infinitas habeat uſuras: quæſitum eſt, an idem ſit in omnibus in quibus adjecta eſſet pœnalis conditio qua exiſtente, vel non exiſtente, (varie enim poteſt concipi formula) creditor amiſſurus eſſet pecuniam, deficiente vel exiſtente recepturus, & inſuper aliquid præter pecuniam? quærendi cauſa eſt, quod ea conditio pœnalis videtur adjici in fraudem legis quæ uſuras intra certum coërcet modum. Et putat Scævola: ac movet eum quod acceſſio quæ in his cauſis præter ſortem in conventionem deducitur, non tam uſura eſt quæ pro mora præſtetur, quam pretium periculi quod creditor ſuſtinet: & ideo reparari ei, non iniquum eſt. Niſi ſi cauſa ſit in qua pecuniam dando res cadat in ſpeciem aleæ; puta, veræ & prohibitæ quæ nullam humanis uſibus præſtet

(a) *quavis*, Haloander. (b) al. *in aliam ſpeciem*, Charondas & Ruſſardus. (c) al. *condictiones*, Charondas & Ruſſardus. (d) *naſcuntur*, Haloander, Charondas, Ruſſardus. (e) Charondæ liber habet, *ut ſi non manumittas.* (f) *Sed nec*, Haloander.

ſtet utilitatem; ſed tantum fortuna rogatur ſine civili ratione. tum enim probanda non eſt conventio: quia legibus prohibetur. at ſi ſit cauſa ex qua res non cadat in talis ſpeciem aleæ: contra dicendum eſt, valere conventionem; licet in ea ſit quaſi alea quæ legibus non prohibetur *l.* 8. §. 1. *D. de contrahenda emptione*, *l.* 7. *D. de hereditate vel actione vendita.* & inquit Scævola, hoc evenire, ſi ſit conventio ex qua *naſci* ſolent *conditiones.* ſic Florentiæ editur: ſed in aliis libris, quod Ruſſardus & Charondas monent, *Notis marginalibus*, eſt, *condictiones*; & hoc probat Cujacius *lib.* 9. *Obſerv. c.* 28. vere. non enim *conditio* dicitur *naſci*, ſed *condictio*: ut in *l.* 6. & *l.* 52. §. 1. *D. de donatione inter virum & uxorem*, *l.* 38. §. 3. *D. de uſuris. conditio* autem dicitur *apponi* vel *adjici* vel *interponi* *l.* 31. *D. de obligationibus & actionibus.* igitur ſi ſit conventio in qua ineſt conditio cujus eventus vel a poteſtate accipientis pecuniam, vel a fortuna, vel ab utraque, pendeat, (quæ triplex conditio indigitatur *l. unic.* §. 7. *de caducis tollendis*) quia non inanis eſt, ſed ad civilia ſpectat negotia, veluti ex qua naſci poteſt condictio ſine cauſa, vel ob rem dati, putat Scævola, nihil cauſæ eſſe, cur non valeat conventio: qua coërceatur is qui appoſitam non impleat conditionem quæ ejus arbitrii, vel tota, vel ex parte, ſit. & adfert Scævola exempla: ea exempla ſunt; ſi tibi credidero ſub conditione, ut ſi manumiſeris, vel non illud facias, item ſi non convaluero. in his & ſimilibus putat Scævola, exiſtente, vel non exiſtente, conditione, quamvis pœnali, & pecuniam creditam peti poſſe, & incrementum, pro periculo promiſſum, etiam ultra uſurarum modum. nam ut pœna quæ pro mora pecuniæ datur, eo finiatur *l.* 44. *D. de uſuris*, *l.* 13. §. 26. *D. de actionibus empti & venditi*; hic tamen pœnam non pro mora ſolvi, ſed quaſi pretium periculi quod ſubit creditor, & ideo majore uſura æſtimari, rationis eſt. atque hoc ſicut in ſuperioribus ei placet, in quibus aliqua eſt, etiam magna, alea, etſi non ex parte ejus qui pecuniam accepit ſub conditione poteſtativa, tamen ex ejus parte qui ſub ea dedit: ſic certe obtinuiſſe inquit; ſi piſcatori, erogaturo in apparatum, puta, in navem, retia, ſimilia, plurimum pecuniæ dederim, ut ſi cepiſſet, redderet. eſt enim & hic quaſi alea *l.* 8. §. 1. *D. de contrahenda emptione*: ſpes enim (ut Seneca inſit *epiſt.* 10.) incerti boni nomen eſt. eſt, inquam, & hic quaſi alea, ſed non inanis: quia meo periculo adjuvo piſcatoris & inopiam, & induſtriam publice utilem. quod ratio patitur. igitur ſi quid cepit piſcator; & pecuniam recipiam, & quod præterea convenit, quaſi periculi pretium. idem ait Scævola, ſi athletæ dedero pecuniam, unde ſe exhiberet, (id eſt, aleret, *exhibere* enim eſt alere) exerceretque, ut ſi viciſſet, redderet. recte. ſolent enim athletæ ad augendas corporis vires & victu certo, & exercitatione, uti. Quintilianus *lib. XII. Inſt. Orator. c.* 10. *pag.* 901. *in f. Sicut athletarum corpora etiamſi validiora fiant exercitatione, & lege quadam ciborum.* Valet igitur conventio, ſi pecuniam dedero athletæ, unde ſe exhiberet, exerceretque. nam & hæc res ſtulta atque inanis eam ratione æſtimantibus: in quibus Anarcharſis apud Lucianum, *De gymnaſiis*: ſed ex Græcorum ſententia quam Solon tuetur, *eodem loci*, & Romani tandem probarunt, ut apparet ex *l.* 7. §. 4. *D. Ad legem Aquiliam*, *l.* 4. *D. de his qui notantur infamia*, ad virtutem ſpectat: etſi & aleæ ſpeciem habeat, ſi eventum ſpectes *l.* 2. §. 1. *D. de aleatoribus.* igitur hoc quoque in caſu ſi meo periculo juvem laudabile propoſitum hominis pauperis, & ideo non ſufficientis ſumptibus, neceſſariis ad virtutis exercitationem: nihil eſt quod cum ratione reprehendatur. at ſi id non ſit, ſed ſola lucri ſpes ex incerto eventu, ſine contemplatione civilis negotii, vera dicetur alea quam non probat civilis ratio *l.* 2. & 3. *D. de aleatoribus.*

Caput VIII.

De uſuris ſpecierum *creditarum: & quæ Juſtiniano* ſpecies *dicantur l.* 26. §. 1. *C. de uſuris. De uſuris* rei judicatæ. *notabilis veteris Marmoris inſcriptio.*

Dixi de pecunia trajectitia, id eſt, de prima exceptione. venio ad alteram quam Juſtinianus, *l.* 26. §. 1. *C. de uſuris*, facit in *ſpeciebus*: quas Græci interpretantur *fructus.* non male: ut ex Hieronymo mox apparebit. eſt etiam Titulus XXVII. libri X. Codicis, *Ut nemini liceat in emptione* ſpecierum *ſe excuſare, & de munere ſitocomiæ.* quæ autem ſint illæ *ſpecies*, apparet ex *l.* 1. ſubſequente. verba legis ſunt, *Quoties urgente neceſſitate comparationes* frumenti *vel* olei alienarumque ſpecierum *quibuslibet provinciis indicuntur*, *nulli.* & reliqua. ſed & ipſe Juſtinianus *l.* 20. §. 2. *C. de agricolis & cenſitis*, *lib.* XI. *tit.* 47. ſic accipit; cum ait, *Sin autem reditus non in auro, ſed in* ſpeciebus *inferuntur*, *vel in totum vel in partem: iterum per officium judicis* fructus *vendantur.* Harum igitur *ſpecierum* (ut Juſtinianus refert *d. l.* 26. §. 1.) olim major permiſſa fuit uſura, quam pecuniæ. eaque gratia ſolent avari creditores, pecunia credita, non hanc reddi, & ſi non reddatur, ejus uſuras, ſtipulari: ſed certam fructuum modiationem præſtari; ac niſi is modus ſua die offeratur, menſurarum additamenta. quæ res cum ſit in fraudem legitimarum uſurarum, a Gordiano prohibe-

hibetur *l.* 16. *C. de uſuris.* ſed & ipſarum frugum uſura, cum nullo fine coërceretur, atque adeo pergeret ultra, quam ratio vellet, deinde modum accepit a Conſtantino *l.* 1. *Cod. Theod. eod. tit.* verba Conſtantini. *Quicumque fruges (humidas vel arentes) indigentibus mutuas dederint, uſuræ nomine tertiam partem ſuperfluam conſequantur, id eſt, ut ſi ſumma crediti in duobus modiis fuerit, tertium modium amplius conſequantur. Quod ſi conventus creditor, propter commodum uſurarum, debitum recuperare noluerit, non ſolum uſuris, ſed etiam debiti quantitate privandus eſt. Quæ lex ad ſolas fruges pertinet. nam pro pecunia ultra ſingulas centeſimas creditor vetatur accipere.* Conſtantinus primum dividit fruges in humidas, ut ſunt, oleum, vinum, & aridas, ut ſunt frumentum, hordeum. deinde definit modum uſurarum, in utriſque præſtandarum. vult autem, ſi hæ mutuæ datæ ſint, ſive humidæ, ſive aridæ, pro uſuris promitti poſſe tertiam partem ſuperfluam: & hæc quomodo accipienda ſit, exemplo demonſtrat. id exemplum eſt, ut, ſi mutuos dederis duos frumenti modios, deinde duos recipias pro ſorte, & præterea tertium pro uſura. quæ ſane eſt graviſſima uſura: quia ad dimidium ſortis, ſeu capitis, adſcendit. unde & *hemiolia* appellata. nam, ut optime A. Gellius *lib.* 14. *Noct. Attic. c.* 14. *Eſt hemiolios qui numerum aliquem totum in ſeſe habet, dimidiumque ejus, ut tres ad duo, quindecim ad decem, triginta ad viginti.* Atque hunc modum, ſimul cur in frugibus, ſeu ſpeciebus, tanta placuerit uſura, clare Hieronymus, *in Ezechielem lib.* 6. *c.* 18. *pag.* 206. in his verbis. *Solent in agris frumenti & milii, vini & olei, cæterarumque ſpecierum uſuræ exigi, ſive, ut appellat ſermo divinus, abundantiæ: verb. gratia, ut hyemis tempore demus decem modios, & in meſſe recipiamus quindecim, hoc eſt, amplius partem dimidiam: qui juſtiſſimum ſe putaverit, quartam plus accipiat portionem. Et ſolent argumentari, ac dicere. dedi unum modium qui ſatus fecit decem modios; nonne juſtum eſt, ut medium modium [ἐν ἡμιολίας] de meo plus accipiam, cum ille mea liberalitate novem & ſemis de meo habeat.* Habes Hieronymi rationem.

Superioribus exceptionibus addam tertiam quæ eſt Imppp. Gratiani, Valentiniani, & Theodoſii *l.* 1. *Cod. Theod. De uſuris rei judicatæ.* Verba ejus legis. *Qui poſt judicii finem, exceptis duobus menſibus, (quibus per legis ſolutionem nonnunquam eſt conceſſa dilatio) moram afferent ſolutioni, a die patrati judicii, quo obnoxii redditi ſunt, in duplicium centeſimarum conveniantur uſuras, (extrinſecus ſcilicet medietatem debiti, de quo litigatum eſt, ſicut prius conſtitutum eſt inferentes) uſque in id tempus, quo debitum ſolutione diluerint. Quod a nobis exemplo æquabili ex juris priſci eſt formulis introductum, ut quia malæ fidei poſſeſſores, in fructus duplos conveniuntur; æque malæ fidei debitores ſimile damni periculum perſequatur. Sed tamen creditor ternis interjectis menſibus, poſt ſententiam conteſtari moram debebit admbitæ tarditatis, ut ei centeſimarum duplicium fructus poſſit acquiri. Cavendum quippe ex diverſo eſt, etiam contra illam malitiam creditorum, ne judicatis ad ſolutionem cunctantibus, incipiant ſpe dupli fœnoris imminere. Quamquam judicatum, ſi hanc pœnam a ſe removere feſtinet, contractam pecuniam vel apud judices obſignatam locare, vel judicio conveniat offerre, ut periculum duplicium uſurarum incurrere ex ca uſe, qua obnoxius eſſe cœperit, deſiſtat. Diſtinguendum vero hoc quoque arbitrati ſumus, ut ſi contractus debiti ex ſtipulatione deſcendit, & caſu uſuræ per annorum curricula ſummam capitis impleverint (ſcilicet ut quantitas ſortis quantitati fœnoris adæquetur) poſt ſententiam uſuræ duplices non utriuſque debiti currant, ſed capitis quidem duplæ, uſurarum vero ſimplæ.* Summa hæc eſt; vult lex, reum, ſi poſt duos menſes a lata ſententia qua damnatus eſt, non ſolverit debitum, deinde a die judicii patrati, id eſt, ſententia finiti, creditori teneri in duplices centeſimas, donec debitum ſolutione luerit: idque exemplo juris veteris quo malæ fidei poſſeſſores in fructus duplos tenebantur. id vero tum demum obtinere lex vult, ſi creditor poſt tres menſes a lata ſententia moram conteſtatus ſit: ſed ſi hanc conteſtatus non ſit, non vult lex, debitorem teneri ad duplices centeſimas. Sed & hoc conſtituit lex, ut judicatus, volens evitare pœnam duplicium centeſimarum, poſſit contractam, ſeu collectam, pecuniam vel apud Judices obſignatam locare vel judicio offerre. Poſtremo vult; ſi contractus debiti ex ſtipulatione conſiſtat, & forte uſuræ ſummam capitis adæquaverint per curricula annorum, poſt ſententiam currere uſuras duplices non utriuſque debiti, ſed capitis quidem duplas, uſurarum vero ſimplas.

Eſt igitur hæc tertia exceptio a legitimo uſurarum modo: in qua exceptione duplices debentur centeſimæ, ſed non ex partium conventione, ſed auctoritate legis. cujus hæc ratio eſt quod debitor condemnatus, neque ſolvens intra tempus, illi a lege conceſſum, videtur abuti beneficio legis: & ideo ejus contumacia gravius punienda eſt. prorſus, ut illa duplex centeſima, quamquam ſatis magna, tamen propter utilitatem coërcendæ improbitatis, Imperatoribus improbanda non videatur.

Idque & alias a Veteribus obſervatum fuiſſe; animadverti, cum ageretur de pœna publice infligenda; etſi hoc in pœna, ex partium conventione promiſſa, non paterentur. Exſtat ſane egregium ejus rei exemplum in quodam vetere Marmore, apud Gruterum, *pag.* 208. cujus verba, quia non memini ab aliis adferri, appoſui. ſunt autem hæc.

. . . . OB CONTEMPTUM TAMEN RELIGIONIS RUFINUS P. AELI ABAS.

ABAS. F. AGRO PRIVETUR FIETQ. PUB. SEPELIENDOR. MILITUM CLASS. PR. MIS. IN USUM. HEREDES VERO PATUL. DIOC. MULCTENTUR SORTE UNA CUM ANATOCISMO BINAE CENTESIMAE USURAE PROPTER NEGLECTAM RELIGIONEM SEPULCHRORUM CLAM DIRUTOR. PAUPERESQ. MILITES CLASS. PR. MIS. DONATI SINT DUM AEGRESCUNT ET MORIUNTUR· NE AERE CONLATO CURENTUR SEPELIENTURQ. QUAM SENTENTIAM SANCTAM ESSE OMNES SCIUNTO.

Caput IX.

A legitimo uſurarum modo excipi a doctiſſimis Interpretibus, atque in his a Jacobo Cujacio, antichreſin, *non* tacitam, *ſed* manifeſtam. *differentiam quam Cujacius facit inter* antichreſin *&* uſuras, *ſi rem ſpectes, nullam eſſe. macula diſpuncta l. 11. C. de uſuris. etiam in modo ab uſuris non diſtingui antichreſin, ſive tacitam, ſive manifeſtam. modo ſi certum ſit, eam egredi uſurarum finem. an & quæ ſit tacita antichreſis. complura, eaque intricata juris civilis loca expedita in quibus l. 11. §. 1. D. de pignoribus, l. 17. C. de uſuris, l. 1. §. 3. D. de pignoribus, l. 14. C. de uſuris, l. 8. D. In quibus cauſis pignus tacite contrahitur.*

Nunc age conſideremus, an & antichreſis a legitimo uſurarum modo excipiatur. ajunt Interpretes, atque in his illuſtre illud & fauſtum Juriſprudentiæ ſidus, Jacobus Cujacius, *ad Novell.* 32.: cauſatus, finem qui eſt uſuris poſitus, non eſſe poſitum antichreſi: & quamquam uſuræ vicem habeat antichreſis, non tamen uſuram eſſe. pacto enim fieri antichreſin; cum uſuræ ſtipulatione conſtituantur. deinde, uſuras non perimi ſortis oblatione; niſi ſequuta ejus depoſitione: antichreſin vero ſortis oblatione perimi; etſi nulla ejus depoſitio fiat *l. 11. C. de uſuris.* atque ut in his ab uſura differt antichreſis: ſic nil mirum eſſe, utramque etiam quoad modum diſtingui, ſuadente incerto fructuum, quod in uſuris non ſit. *l. 17. & l. 14. C. eod. tit.* & hoc Cujacius *lib. 8. Obſerv. c.* 17. in primis verum eſſe opinatur, ſi manifeſta ſit antichreſis. nam ſi tacita ſit, adhuc intra uſurarum modum coërceri *l. 8. D. In quibus cauſis pignus tacite contrahitur.* nempe, ut major ſit vis expreſſæ, quam tacitæ, conventionis. Sic ille.

Sed ſi mihi faciat gratiam conſentiendi pro partibus ſuis, longe alia mihi mens erit. nam quod primum dicit, antichreſin pacto, uſuras ſtipulatione, conſtitui; fruſtra dicit. fit enim antichreſis quidem pacto, ſed accedente pignoris traditione *l. 11. §. 1. D. de pignoribus.* nec id ſpeciale eſt in antichreſi. nam & uſuræ pacto conſtitui poſſunt, accedente pignore: tum vero etſi peti nequeant, tamen retineri eas, nihil vetat.

Nullius igitur momenti eſt prima Cujacii diſtinctio inter antichreſin & uſuras. ſed nec altera: nam quod ait, uſuras non perimi ſortis oblatione, niſi ſubſecuta ejus depoſitione; antichreſin ſortis oblatione tolli, etſi nulla fiat ejus depoſitio: non magis verum eſt. quia antichreſis eſt pignus *l. 33. D. de pigneratitia actione:* cujus poſſeſſionem retineri, donec ſoluta ſit pecunia debita, Marcianus ait *d. l. 11. §. 1. D. de pignoribus*, opinor, recte: non enim tollitur pignus ſortis oblatione, ſed ſolutione: niſi ſequuta poſt oblationem ſit ejus obſignatio & depoſitio *l. ult. C. de luitione pignoris, l. 20. C. de pignoribus*; aut niſi in jure *l. 30. D. de ſolutionibus*, aut certe in judicio, facta ſit oblatio *l. 9. §. ult. D. de pigneratitia actione.* quod ſi autem ſola ſortis oblatione non tollitur pignus: quæſo, qui poterit ea tolli antichreſis, quam verum eſt pignus eſſe? porro durante antichreſi, ſeu pignore, ecquid eſt, quo minus perdurare videatur jus percipiendi fructus in uſuras? *d. l. 11. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis.* At Antoninus, *l. 11. C. de uſuris*, *Ex prædiis*, inquit, *pignori obligatis creditor poſt oblàtam ſibi jure pecuniam quam non ſuſcepit, ſi fructus accepit, exonerari ſortis debitum, certum eſt.* Sed non loquitur Antoninus de qualicumque pecuniæ oblatione, ſed illa quæ jure fit: ea autem eſt non nuda; ſed quam ſequuta eſt ſortis obſignatio & depoſitio *l. 19. C. eod. tit. d. l. ult. C. de luitione pignoris, d. l. 20. C. de pignoribus.* quod ſi cui durius videatur; is cogitet, an legi præſtet, *Poſt oblatam ſibi in jure pecuniam:* quomodo in manuſcriptis codicibus legi, teſtes ſunt Ruſſardi & Charondæ marginales Notæ. facillima autem fuerit ea ſcripturæ varietas; ſi quidem eam imputemus Veterum Siglis quibus ſcriptum fuerit, *poſt oblatam ſib In jure pecuniam.* unde imperiti Librarii fecere, *poſt oblatam ſibi jure pecuniam:* cum eſſet legendum, *poſt oblatam ſibi in jure pecuniam.* ne addam nunc, quod Ulpianus *d. l. 30. D. de ſolutionibus* ſic ait, *Si debitor offerret pecuniam quæ peteretur, creditor nollet accipere: Prætor ei denegat actiones.*

Non igitur antichreſis ab uſura differt rei ſubſtantia; etſi eruditiſſimus cenſet Interpres, ſed nec modo differt: denique, ſi legitimas

egrediatur uſuras, non valet conventio. nec diſtinguo, utrum manifeſta ſit antichreſis, an tacita: modo ſi conſtet, fundi fructus uſurarum modum ſuperare: quia ea conventio foret in fraudem legis, uſuras ad certum modum coërcentis: & ſicut non licet mihi uſuras ſtipulari ultra modum; ſic nec aliud quod inſtar uſuræ ſit *l.44. D. de uſuris*. Ita, ſi appareat, antichreſin egredi uſurarum finem.

Sed quid, ſi hoc incertum ſit? fac, ex fundo plerumque minores percipi fructus, quam qui expleant uſuræ modum: fac, interdum majores naſci: ita ut, utrum fiat, parum liqueat. ſervanda conventio eſt, propter incertum fructuum proventum: quo fit, ut nihil in fraudem legis admittatur: atque ut aliquando contingat, ut plus perveniat, tamen aliquando fit, ut minus percipiatur. compenſatur igitur ſpes commodi cum periculo damni; videturque eo induci æqualitas quam lex inter debitorem & creditorem ſervari poſtulat.

Igitur fundo in antichreſin dato: poteſt creditor, ſi incertus ſit fructuum proventus, retinere omnes pignoris fructus: nec cogitur eos in ſortem imputare; etſi aliquando egrediantur legitimum uſurarum modum. & hoc videtur Imp. Philippus velle *l.17. C. de uſuris*, his verbis, *Si ea lege poſſeſſionem mater tua apud creditorem ſuum obligavit*, Ut fructus in vicem uſurarum conſequeretur, *obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum reſcindi placita non poſſunt*. nam ſi certum ſit, eum proventum dare uſuras, plerumque majores legitimis, contra dicendum eſſe, ex Papiniano intelligitur *l. 1. §. 3. D. de pignoribus & hypothecis*. verba Papiniani. *Pacto placuit*, ut, ad diem uſuris non ſolutis, fructus hypothecarum uſuris compenſarentur fini legitimæ uſuræ: *Quamvis exordio minores in ſtipulatum venerint, non eſſe tamen irritam conventionem placuit: cum ad diem minore fœnore non ſoluto, legitimæ majores uſuræ ſtipulanti recte promitti potuerunt*. Idem eſſe Alexander reſcribit *l.14. C. de uſuris:* ſi tibi mutuam pecuniam dedi, & domum tuam pignori accepi, ea lege, ut eam inhabitarem vice uſurarum. nam & hic antichreſis eſt *l.11. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis*, eadem manifeſta: licetque mihi eas ædes inhabitare: quia ea eſt lex conventionis. addam, locare: etſi id non ſit palam conventum. ita tamen; ut, ſi locavero, & ex mercede plus redegero, quam ex uſuris percipere poſſim; tenear, quod ultra modum ſit, ſorti imputare. quamquam, ſi non locavero domum, ſed inhabitavero, ita uti conventum, valeat conventio; etſi pluris ſit habitatio, quam quo pertendere uſura debeat: ſcilicet, quia hoc in caſu videtur domus potius vilius locata, quam illicitum fœnus contractum *d. l.14.* id vero hanc habet rationem, quod, ſi locavero ædes, ſtatim apparet perceptæ quantitas uſuræ: quæ, ſi habitentur ædes, poſſit incerta videri. nam & licet contrahentibus naturaliter, ſe in pretio circumvenire: & multum intereſt, cum de æſtimanda mercede agitur, utrum ædes per hunc, an per illum, habitentur.

Sed non tantum manifeſta eſt antichreſis, verum etiam tacita: nec inter utramque, quo ad modum, intereſt. nam ſi ager ſimpliciter detur pignori; nec de uſuris & fructibus quidquam dicatur: contracta videtur antichreſis, non palam, ſed tacite. quia enim pacto conſtituitur antichreſis, atque id eſt qualicumque contentum conſenſu *l. 2. D. de pactis:* nil obſtat, quo minus antichreſis æque tacite, atque expreſſe, fieri poſſit: interpretante ratione, debitorem qui, accepta mutua pecunia, creditori pignus dat, neque palam paciſcitur, ne uſuras ſolvat, humanitati dare, ut velit, uſuras repenſari fructibus; qui ex pignore naſcituri ſint, nempe, quia non patitur utilitas provocandæ inter homines benignitatis, probari inverecundiam ejus qui beneficium accipit; nec vult, cum poteſt, reddere vicem gratiarum. Optime Seneca, *Epiſt.* 81. *In hoc quoque falluntur ingrati, quod creditori quidem, præter ſortem, extra ordinem numerant: beneficiorum autem uſum eſſe gratuitum putant. Et illa creſcunt mora: tantoque plus ſolvendum eſt, quanto tardius. ingratus eſt, qui beneficium reddit ſine uſura: itaque hujus quoque rei habebitur ratio, cum conferentur accepta & expenſa.* Et Cicero *lib. 1. De officiis c. 15.* *Quod ſi ea, quæ acceperis utenda, majore menſura, ſi modo poſſis, jubet reddere Heſiodus: quidnam beneficio provocati facere debemus? an non imitari agros fertileis; qui multo plus offerunt, quam acceperunt? etenim ſi in eos quos ſperamus nobis profuturos, non dubitamus officia conferre: quales in eos eſſe debemus, qui jam profuerunt?* Sed quod honeſtati convenit, jus civile ſequitur: bene enim de unoquoque ſperat: & ideo pignori dato, neque convento de uſuris & fructibus, conſtituta intelligitur antichreſis, etſi non palam, tamen tacite: ac ſi ſit certus fructuum proventus, retinebit creditor fructus vice uſurarum, non in infinitum, ſed, ut in ſuperiore caſu, uſque ad legitimum uſurarum finem. Et hic eſt ſenſus *l. 8. D. In quibus cauſis pignus tacite contrahitur:* cujus hæc ſunt verba, *Cum debitor gratuita pecunia utatur, poteſt creditor de fructibus rei ſibi pigneratæ ad modum legitimum uſuras retinere.* V. CL. Franciſcus Hotmanus *lib. 1. Obſerv. c. 4.* conjicit, *Cum debitor non gratuita pecunia utatur.* Sed ſervanda vetus lectio, *Cum debitor gratuita pecunia utatur.* ſpecies eſt; Debitori mutuam dedi pecuniam: neque ab eo ſtipulatus, aut pactus, ſum uſuras. debitor igitur gratuita utitur pecunia: is dat mihi agrum pignori. videtur ea re agi tacite, ut fructus non percipiam tantum, ſed retineam quoque, uſurarum vice: non in infinitum quidem, ſed ad legitimum finem. Sic; ſi de uſuris nihil dictum ſit: id eſt, ſi gratuita ſit pecu-

Digitized by Google

pecunia. quid ni? *gratuita* dicitur *pecunia*, non modo quum eſt pactum, ne ſit uſuraria; ſed etiam, quum non eſt pactum, ut uſuraria ſit. quomodo *gratuitum* appellatur *mandatum*; cum nullam ex pacto mercedem habet *l.* 1. §. 4. *D. Mandati vel contra.* nec tamen aſpernatur remunerandi cauſa honorem, ſive ſalarium *l.* 6. *D. eod. tit.* Cæterum, ſi uſuraria ſit pecunia, non videtur antichreſis contrahi; ne tacite quidem: & ideo debet creditor, tradito agro, fructus percipere; & perceptos primum uſuris, deinde ſorti, imputare *l.* 2. *C. de partu pignoris.* At enim *l.* 4. & *l.* 22. *C. de uſuris* negant creditori jus pro uſuris retinendi pignoris; præterquam, ſi de eo pactum ſit. Sed jam recte obſervatum eſt, non eſſe in his ſermonem de fructibus pignoris qui jure tacitæ antichreſeos retineantur intra legitimum uſurarum modum; ſed de pignore cujus retentio creditor velit ſervare uſuras, pacto vel ſtipulatione debitas. quod illi non licet; niſi pignus conventione pacti etiam uſuris obſtrictum ſit: cum interim fructuum retentio poſſit tacita fieri antichreſi, dum intra legitimum coërceatur modum.

Caput X.

De uſuris Senatorum, fiſci, ac civitatum.

Huc uſque oſtendi, quale omnium hominum jus circa uſuras fuerit: nec eſſet opus, de uſuris Senatorum, fiſci, ac civitatum, ſpecialiter ſubjicere: niſi in his ſingulare eſſet jus, non indignum obſervatu. Sed primum de Senatoribus dicendum: quem ordinem quia volebant Veteres vitio vacare, cæteris ſpecimen eſſe; (quod ex Cicerone *lib.* 3. *De legibus* intelligimus) interdicebant ei uſuram: nempe, ut non ab avaritia modo, ſed a ſuſpicione quoque & cauſa ejus, quam longiſſime amoveretur. atque id neſcio an Ambroſius inter cætera velit, *De officiis lib.* 2. *cap.* 24. cum ſic inquit, *Docet igitur omnes cenſura fragilitatis*, (legendum forte, *frugalitatis*) *continentiæ auctoritas, & maxime eum qui honore præſtet, ne præeminentem virum theſauri poſſideant ſui, & pecuniis ſerviat, qui præeſt liberis. illud magis docet ut ſupra theſaurum ſit animo & infra amicum obſequio. Humilitas enim gratiam auget. Hæc plena laudis & digna primario viro, non communem cum Tyriis negotiatoribus, & Galaaditis mercatoribus habere turpis lucri cupiditatem, nec omne bonum locari in pecunia, & tanquam mercenario munere quotidianos numerare quæſtus calculari compendio.* Certe Chryſoſtomus hoc indicat, *in Matthæum c.* 17. *Homil.* 57. *tom.* 1. *pag.* 508. hiſce verbis. *Quod ſi exteriores legum conditores interrogare volucris, diſces ab illis, quia extremæ impudentiæ ſignum fœnus ſemper judicatum eſt: quare nec ampliſſimos homines quos Senatores appellant, hujuſmodi emolumentis detui pari ſinunt, ſed lege prohibent, ne qui rem publicam gerunt, tali lucro maculentur.* Sed hoc jus mutarunt Imppp. Arcadius, Honorius, & Theodoſius *l.* 4. *Cod. Theod. de uſuris:* cum volunt, Senatores ſub medietatem centeſimæ uſuræ ad contractum creditæ pecuniæ admitti: & addunt, ſi quid præter moderatam hanc definitionem fuerit flagitatum, imminuendæ ſorti credere. moderatam autem vocant definitionem medietatis centeſimæ, ſive ſemiſſium uſurarum; quomodo Plinius *lib.* 14. *Naturalis hiſtoriæ c.* 4. ſemiſſes vocat, uſuram civilem ac modicam.

Senatoribus jungam fiſcum. nam & huic ſemiſſes uſuras ſufficere, Severus & Antoninus conſtituerunt *l.* 1. *C. de his quibus ut indignis hereditates auferuntur.* idque jus Paulus refert *l.* 17. §. 6. *D. de uſuris.* & addit, debitores, qui minores ſemiſſibus præſtabant uſuras, ſi fiſci eſſe cœperint, poſtquam ad fiſcum tranſierunt, ſemiſſes cogendos eſſe præſtare. & hoc Ulpianus *l.* 6. *D. de jure fiſci* ait, verum eſſe, ex quo convenit certum debitorem & confitentem. exinde enim petere fiſcales, etſi breviores debeantur. ſic editur eo in loco: ſed Jacobus Cujacius *lib.* 19. *Obſerv. c.* 2. corrigit, *ex quo convenit certum debitorem confitentem.* Una hic eſt exceptio in uſuris rei judicatæ. quam exceptionem invenit Imp. Antoninus *l.* 1. *C. de uſuris rei judicatæ:* volens, *Ut qui poſt legitimum tempus placitis non obtemperaverit, uſuram centeſimam temporis quod poſtea fluxerit, ſolvat.* In verbis legis nihil quidem de fiſco dicitur: ſed Græci *Baſilic. lib.* 9. *tit.* 3. *tom.* 1. *pag.* 518. eam de fiſco accipiunt: & huc ducit Inſcriptio quæ habet, *Imp. Antoninus A. Procuratoribus hereditatum:* ad quos exſtat & Reſcriptum Divorum Fratrum *l.* 32. *D. de jure fiſci.* præterea vult Antoninus *d. l.* 1. uſuras rei judicatæ ſtatim fluere ipſo jure poſt legitimum tempus, ſi condemnatus placitis non obtemperaverit. apparet vero, id conſtitui in gratiam fiſci cui generaliter debentur uſuræ tardioris ſolutionis; etiam ceſſante rei interpellatione: cum uſuræ aliis eo tempore nec ex cauſa judicati ante debeantur; quam interpellatio intervenerit: ut demonſtrabo *lib.* 3. *c.* 9. & *c.* 10.

De rebuſpublicis civitatum quid dicemus? & ſi Plinio fides *epiſt.* 62. *lib.* 10. potuerunt ejus tempore ex pecunia publica deberi uſuræ aſſes, ſive centeſimæ; earumque meminit Lapis apud Gruterum, *pag.* 175. *Inſcr.* 4. quem poſui ſupra capite 1. hujus libri. ſed cum non facile reperirentur qui reipublicæ debere vellent ſub uſuris tam gravibus; quod publicæ pecuniæ non creduntur ſine pignoribus ide-

idoneis vel hypothecis; ut Ulpianus ait *l.* 33. §. 1. *D. de uſuris:* viſum Trajano fuit, *epiſtola ſequente* 63. ab ea recedere forma; & Plinio permittere, (pertinet enim ea res etiam ad Præſidis providentiam *d. l.* 33.) ut minueretur uſurarum quantitas: quo facilius pecuniæ publicæ collocarentur. non tamen præſcripſit Plinio certum modum: tantum juſſit ei, hunc conſtituere ex copia eorum qui mutuaturi eſſent. verum poſtea placuit, eas uſuras *ſemiſſes* eſſe. Sane Modeſtinus *l.* 10. *D. de pollicitationibus*, cum Septitia patriæ ſuæ certamen pollicita eſſet ex pendendis a ſe *ſolitis* triginta millium uſuris, ſub conditione, uti ſors apud eam remaneret, nec uſuras certas forma pollicitationis eſſet complexa, uſuras *ſolitas* non alias, quam *ſemiſſales* eſſe, interpretatus eſt. eaſque exprimit ſequens Monumentum, apud Gruterum *pag.* 215. *Inſcr.* 2. HOC. AMPLIVS. R. P. PETILINORVM. DARI. VOLO. HS. X. N. ITEM. VINEAM. CHALCIDIANAM. CVM. PARTEM. FVNDI. POMPEIANI. EA. VTI. OPTIMA. MAXIMAQVE. SVNT. FINIBVS. SVIS. QVA. MEA. FVERVNT. VOLO. AVTEM. EX. VSVRIS. SEMISSIBVS. HS. X. N. COMPARARI. AVGVSTALIVM. LOCI. N. AD. INSTRVMENTVM. TRICLINIORVM. DVVM. QVOD. EIS. ME. VIBO. TRADIDI. CANDELABRA. ET. LVCERNAS. & reliqua. Plane, ſi ſtatuæ ponendæ legatæ ſint reipublicæ: id eſt, ut ſupra oſtendi, ſi certa pecunia ad emendas ponendaſque ſtatuas ſit legata; nec dies a teſtatore ſit præfinitus; voluit D. Pius, a Præſide ſtatui tempus: ac niſi poſuerint heredes, eos reipublicæ (ut Ulpianus ait *l.* 5. *D. de operibus publicis*) uſuras leviores, id eſt, ut Paulus exponit *l.* 17. §. *ult. D. de uſuris*, uſque ad tertiam centeſimæ pendere: ſed dumtaxat intra ſex menſes: ſin minus, ſemiſſes uſuras. ſi vero dies datus eſt, eos pecuniam deponere intra diem: ſi autem non invenire ſe ſtatuas dixerint, aut loco controverſiam fecerint; ſemiſſes protinus pendere. Sic jungendus eſt uterque locus: ne opus ſit conjectura Jacobi Cujacii *lib.* 5. *Obſerv. c.* 38. exiſtimantis, Paulum *d.* §. *ult.* a Triboniano eſſe inflexum ad jus novum quod ſit Juſtiniani *l.* 26. §. 1. *C. de uſuris.*

Eſt & hoc animadverſione dignum; quod Paulus, annuo reipublicæ legato, ſi agatur de æſtimatione Falcidiæ, ſcribit, tantum legatum intelligi, quantum ſorti ſufficiat ad colligendas uſuras, non ſemiſſes, ſed trientes, ejus ſummæ quæ legata ſit. Pauli verba adſcripſi. ea verba ſunt *l.* 3. §. 2. *D. Ad legem Falcidiam. Item, ſi reipublicæ in annos ſingulos legatum ſit, cum de lege Falcidia quæratur, Marcellus putat, tantum videri legatum, quantum ſufficiat ſorti ad uſuras trientes ejus ſummæ quæ legata eſt, colligendas.* Senſus eſt, cum de lege Falcidia quæritur, legato reipublicæ annuo, perinde fieri computationem; ac ſi legata eſſet ſumma ex cujus uſuris quæ facile haberi poſſint, quales ſunt uſuræ trientes, quæ ſunt valde leves, quotannis redigi poſſit legata ſumma. pone: legata ſunt annua quaterna: perinde erit, ac ſi legata ſint centum; quia uſura triens de centum annua producit quaterna. ſicut ergo, ſi centum ſupra dodrantem legata ſint reipublicæ, de legato pro quarta Falcidia viginti quinque detrahuntur: ſic, ſi annua quaterna reipublicæ legata ſint, (quod legatum perpetuum eſt; non facile moriente republica *l.* 24. *&* *l.* 6. *&* 20. §. 1. *D. de annuis legatis*) ſingulis annis de quaternis annuis detrahetur quarta: ut jam annuatim non quaterna, ſed terna, debeantur. idque ideo ſedit; quia eo temperamento tam heredi, quam reipublicæ, videtur caveri: illi quidem ob leviores uſuras: huic vero, quia major ejus ſors eſſet; atque ut certa & perpetua ex ea penſio foret. ita eo devenitur, ut teſtator, etſi potuiſſet reipublicæ ex eadem ſorte, ſi voluiſſet, ſemiſſes uſuras legare, non tamen ſemiſſes elegiſſe videatur.

CAPUT XI.

Uſuras uſurarum, ſive anatociſmum, ſed anniverſarium, Edicto tralatitio a Veteribus, etiam a Cicerone, obſervatum fuiſſe: ſed deinde Senatuſconſulto, & Conſtitutionibus, prohibitum & cur? quænam viſæ ſint uſuræ uſurarum, callida Veterum interpretatio, ab Ambroſio, & Juſtiniano, caſtigata. non eſſe anatociſmum, ſive uſuras uſurarum, ſi mutetur creditoris perſona: & quando id fallat. quid, ſi quis ſtipulatus ſit minores uſuras, & his ſua die non ſolutis, legitimas? anatociſmum judicato fieri potuiſſe ante Imp. Juſtinianum: & quomodo? etiam eum anatociſmum ab eo Imperatore ſublatum eſſe.

Dixi quantum ſatis de vetere uſurarum modo. Niſi ſubjicienda ſunt pauca de uſuris uſurarum: quarum tractatus ad hanc partem pertinet. eas uſuras Cicero *lib.* 5. *Ad Atticum epiſt. ult.* anatociſmum appellat: eumque ſe, cum Ciliciæ præeſſet, Edicto, non novo, ſed tralatitio, permiſiſſe refert: at demum centeſimarum, & anniverſarium: qui erat, ſi debitor intra annum integrum ceſſaſſet in ſolutione menſtruarum uſurarum. verba

Ciceronis appoſui. *Interim cum ego in edicto tralatitio centeſimas me obſervaturum haberem cum anatociſmi anniverſario, ille ex ſyngrapha poſtulabat quaternas.* Licitæ igitur Veteribus fuere uſuræ uſurarum ex Edicto tralatitio.

Sed eas ſuſtulit Senatus. auctor Cicero *d. epiſt. ult.* ſic ſcribens. *Habes meam cauſam: quæ ſi Bruto non probatur, neſcio, cur illum amemus: ſed avunculo ejus certe probabitur, præſertim cum S. C. modo factum ſit, puto, poſtquam tu es profectus, in creditorum cauſa, ut centeſimæ perpetuo fœnore ducerentur.* Id enim valet, ſine renovatione ſingulorum annorum: ſive, ne deinceps uſuræ uſurarum ſolverentur: quod ante jus erat. idem Cicero *lib. 6. Ad Atticum epiſt. 2. Salaminios autem (hos enim poteram coercere) adduxi, ut totum nomen Scaptio vellent ſolvere, ſed centeſimis ductis a proxima quidem ſyngrapha, nec perpetuis, ſed renovatis quotannis.* Vetuit igitur Senatus uſuras uſurarum: puto, non quaſi mera ratione illicitas; ſed quaſi civili jure non neceſſarias. poteſt enim his carere hominum ſocietas: ſed non magis his reſiſtit, quam ſortis uſuris. nec omnino male fœneratores, apud Ambroſium, *De Tobia c. 6. Inſtant vehementius, cauſanti incumbunt, dicentes; Tu poſſides tua prædia, nos noſtram pecuniam non habemus. aurum dedimus, lignum tenemus. Tibi fructuum emolumenta procedunt, nobis nihil accreſcunt pecuniæ. otioſa cauſatio eſt, ſaltem renovetur chirographum.* Igitur ratio quæ uſuras ſortis probat, æque uſuras uſurarum tuetur. hoc tamen intereſt; quod non facile poteſt debitor utendam accipere ſortem, niſi promiſſis pro ejus uſu uſuris; at neceſſe non eſt creditori, non ſolutis uſuris, earum uſuras ſtipulari. poteſt enim ſibi aliter conſulere: quia ſi metuat, ne damnum patiatur ex mora ſolventis uſuras, poteſt eas ultro exigere, atque ita impetrare, ne damno afficiatur. etſi igitur in civili ſocietate neceſſariæ ſint uſuræ ſortis: tamen neceſſariæ non ſunt uſuræ uſurarum; ſi creditor diligentiam exactioni adhibeat. cæterum, ſi negligentior ſit, habet quod ſibi, ſed non quod debitori, imputet: quid, ſi humanitati dedit, ne uſuras peteret? neque hic accuſet debitorem qui ejus beneficio utitur. intereſt præterea ſocietatis, ne debitor, aut negligens, aut ſimplex, aut certe non longe providens, uſurarum cumulatione ab avaro creditore, ſpecie humanitatis, mergatur. eſt igitur civilis, non juris gentium, ratio ob quam Senatus uſuras uſurarum improbavit.

Sed non tantum Senatus eas vetuit; verum & Principes, ut Modeſtinus refert *l. 27. D. de re judicata:* uſque adeo, ut etiam Diocletianus & Maximianus *l. 20. C. Ex quibus cauſis infamia irrogatur* reſcripſerint, *Improbum fœnus exercentibus & uſuras uſurarum exigentibus infamiæ maculam irrogandam eſſe.* Satis clare: niſi quæſitum eſſet, quænam uſurarum uſuræ forent. cùm enim cautum eſſet, ne illæ ducerentur: (nempe, ne eadem res & cauſa eſſet, & acceſſio, cum facili debitoris pernicie *l. 2. §. 5. D. de adminiſtratione rerum ad civitatem pertinentium*) homines avari, ſed juris callidi, ſub ſpecie ſervandæ legis, ejus vim eluſere: prorſus, ut non rebus, ſed verbis, poſita videretur. interpretati enim ſunt, uſurarum uſuras exerceri; ubi creditor ſtipulatur, pecuniam quam credidit, ſibi reddi certa die, & quo tardius ſolvatur, ejus uſuras dari: his quoque ſua die non ſolutis, etiam earum uſuras præſtari: atque eas civili prohiberi jure: quia tum ex uſuris re vera uſuræ ſolvuntur: id eſt, acceſſionis acceſſio eſt. & is eſt caſus *l. 26. §. 1. D. de condictione indebiti, & l. 27. D. de re judicata.* at longe aliud eſſe; ſi uſuræ, ante debitæ, interveniente ſtipulatione adunentur; atque ex ſumma integra, ſi non ſolvatur, aliæ rurſus uſuræ promittantur. uſuras enim conſummatas, inque ſortem redactas, non uſuras manere, ſed ſortem effici. ex qua uſuras deberi, neque legem impedire; quia de uſuris loquitur: neque rationem; cum non interſit debitoris, utrum accepta a creditore mutua pecunia ei uſuras ſolvat; an quas debet, ejus conſenſu retineat. quo in caſu, etſi palam data non ſit mutua pecunia, tamen intelligi datam brevi manu. rationis quoque eſſe, ne creditori ſteriles ſint uſuræ, cum interim debitor fruitur pecunia credita, aut rebus ex ea emptis: ut ex Ambroſio, *De Tobia c. 6.* ante dictum. Sed hæc res, quamvis & rationis & juris ſpeciem habeat, tamen non dicam Ambroſio, *d. loc. c. 9. & 7. & c. 12. & 13.* (nam is omnes uſuras damnat) ſed Juſtiniano diſplicet *l. 28. C. de uſuris:* quia ei viſa eſt, quamquam non legis verbis, tamen ſententiæ adverſari. quæſo, quid agit lex, cum uſuras uſurarum vetat, quam ne debitor, aut negligens, aut tantum quod ante pedes modo eſt videns, non etiam illa quæ futura ſunt proſpiciens, (quod Terentius *Adelphis* 3. 3. ſapientis eſſe opinatur) ab inhumano creditore uſurarum cumulatione opprimatur? & quid intereſt, ſi ad exitum ſpectes, utrum creditor ex uſuris uſuras in ſtipulationem deducat, an ex uſuris, in ſortem redactis, uſuras ſtipuletur? æque enim in hac atque in illa ſpecie ex uſuris uſuras ducit, debitore moræ periculum parum ſentiente: etſi in altera palam facit, in altera rem verbis tegit: atque eo periculoſius debitori; quia ita fit, ut is uſuras deinde per partes ſolvere, eaque re uſuras uſurarum prævenire, non poſſit. quod altero, & hoc publice improbato, anatociſmi genere facere poterat.

Igitur ante Juſtinianum licita non fuit uſura uſuræ, præterquam in ſortem redactæ. Tutor tamen uſurarum quas a pupilli debitoribus exegit, uſibuſque ſuis retinuit, uſuras de-

debet judicio bonæ fidei. Sic eſt: ſed quid refert, utrum pupilli ſortem, an ejus uſuras, in uſus ſuos convertat *l.* 7. §. 12. *D. de adminiſtratione tutorum?* uſuræ enim, poſtquam exactæ ſunt a debitoribus, apud tutorem qui eas exegit, non acceſſionis, ſed ſortis, vice funguntur *l.* 58. §. 1. & §. 4. *D. eod. tit.* Idem eſt, ſi tutor, aut procurator, aut negotiorum geſtor, pupilli aut domini creditoribus uſuras ſolverit: quia pecunia quam pro pupillo aut domino expendit, apud eum ſortis vice fungitur: atque eam ſolvit, non ſui, ſed pupilli, aut domini, contemplatione. recte igitur petet ejus uſuras, non quaſi uſuræ, ſed quaſi ſortis: & quidem, ſi de domo eam numeravit, eas quæ in regione frequentantur: ſin fœnori acceperit, quas pendit, eas recipiet ex uſu judicii bonæ fidei *l.* 37. *D. de uſuris. l.* 12. §. 9. *D. Mandati vel contra. l.* 3. §. 1. *D. de contraria tutelæ & utili actione.* Non idem dicendum in perſona ſecundi creditoris cui obligata res eſt; ſi ejus pecunia dimiſſus ſit primus creditor. nam etſi ea res ei teneatur, etiam invito debitore, tam in ſuum debitum, quam in primi creditoris, & in uſuras ſuas, & quas primo creditori ſolvit: tamen, ut Papinianus, & ex eo Marcianus, ſcribit, æquum non fuerit, eum uſurarum quas primo ſolvit, uſuras conſequi *l.* 12. §. 6. *D. Qui potiores in pignore.* addit rationem Marcianus: ea ratio eſt, quod ſecundus creditor in ſolvenda ſorte & uſuris, primo creditori debitis, non geſſit alterius, id eſt, debitoris, negotium; ſed geſſit ſuum: quamquam eum a primo pecuniæ ſuæ numeratione liberavit. nam id non ejus contemplatione fecit, ſed pignoris ſui confirmandi gratia. ſe igitur, non debitorem, ſpectavit: & quod ſui cauſa fecit, alteri, id eſt, debitori, imputare non debet. pulchre hoc Phædrus *lib.* 1. *fab.* 23. indicat his verbis.

Muſtela ab homine prenſa, quum inſtantem necem
Effugere vellet; quæſo, inquit, parcas mihi
Quæ tibi moleſtis muribus purgo domum.
Reſpondit ille, faceres ſi cauſa mea,
Gratum eſſet, & dediſſem veniam ſupplici:
Nunc quia laboras, ut fruaris reliquiis
Quas ſunt roſuri, ſimul & ipſos devores,
Noli imputare vanum beneficium mihi.
Atque ita locutus improbam letho dedit.
Hoc in ſe dictum debent illi agnoſcere
Quorum privata ſervit utilitas ſibi,
Et meritum inane jactant imprudentibus.

Sic Phædrus. Seneca quoque *lib.* 6. *De benefic. c.* 7. verba Senecæ. *Beneficium nullum eſt, niſi quod ad nos primum aliqua cogitatio defert, deinde amica & benigna.*

Non igitur licita fuit uſura uſuræ. Quid, ſi creditor ſit minores uſuras, verbi gratia, trientes, ſtipulatus, & his ſua die non ſolutis, legitimas, ſive centeſimas? dubitatum fuit. ſed Papinianus *l.* 9. §. 1. *D. de uſuris* inſit, *Non pœna, ſed fœnus uberius juſta ratione ſortis promittitur.* id vero eſt, non uſura uſurarum, (pœnam enim pro uſura dicit: ut ſæpe) ſed major uſura, legitima tamen, non de uſuris, ſed juſta ratione ſortis, id eſt, de ſorte, ſeu capite, promittitur ſub conditione, ſi mora debitoris fiat, ut minor uſura ſua die non ſolvatur.

Tantum de anatociſmo, ſtipulatione facto. Venio ad eum qui re judicata exercetur. nam & is placet civili jure *l. unic. Cod. Theod. de uſuris rei judicatæ:* quia lite conteſtata & ſecuta condemnatione fit, ut prior obligatio, quaſi interveniente novatione, in judicati obligationem transferatur *l.* 3. §. 11. *D. de peculio. l.* 16. §. 6. *D. de pignoribus.* atque id non in ſorte tantum, ſed in uſuris quoque, procedit. nam & hæ condemnatione, quaſi novatione, conſummantur: maxime, ſi & ſors, & uſura, ſit petita. nam ſi ſors petita ſit, uſura non ſit: verius eſt, cum alia ſortis, alia uſurarum, obligatio ſit *l.* 8. *D. de eo quod certo loco,* ſortis quidem ſtipulationem novari; ſed uſurarum non novari *l.* 1. *C. de judiciis.* Fit igitur anatociſmus jure civili non tantum ſtipulatione, ſed etiam re judicata: modo, ſi uſuræ quoque in condemnationem deducantur. tum enim finiuntur eæ ex priore actione: & poſt legitimum ſolvendi judicati tempus quod ab uſurarum præſtatione excuſatur, incipiunt currere uſuræ rei judicatæ; ſed integræ: id eſt, & ſortis & veterum uſurarum quæ in ſortem condemnatione redactæ ſunt. Sed Juſtinianus hoc quoque in caſu uſuras uſurarum ſuſtulit *l.* 3. *C. de uſuris rei judicatæ.*

Caput XII.

De uſuris perceptorum fructuum vel ex ſingulari re, vel ex hereditate, ante vel poſt litem conteſtatam.

Superiori tractatui de uſuris uſurarum affinis eſt ſequens, de uſuris perceptorum fructuum vel ex ſingulari re, vel ex hereditate. primum videbo de rei ſingularis vindicatione. de qua ita Papinianus *l.* 15. *D. de uſuris. Neque eorum fructuum qui poſt litem conteſtatam officio judicis reſtituendi ſunt, uſuras præſtari oportere: neque eorum qui prius percepti quaſi malæ fidei poſſeſſori condicuntur.* Totus Papiniani ſermo eſt de fructibus; quos ex ſingulari re percepit non bonæ, ſed malæ, fidei poſſeſſor. is ſermo liquet in poſteriore capitis parte: nec minus in priore; quia certum eſt, omnem bonæ fidei poſſeſſorem poſt litem

conteſtatam fieri malæ fidei. ita ſenſus eſt, quod malæ fidei poſſeſſor, ſive ante, ſive poſt, litem conteſtatam fructus perceperit, non præſtat uſuras fructuum. primum negat Papinianus, malæ fidei poſſeſſorem fructuum quos poſt litem conteſtatam percepit, uſuras præſtare. & addit rationem: ea ratio eſt, quod fructus, ab eo percepti poſt litem conteſtatam, officio Judicis reſtituendi ſunt. vere: non enim potuerunt litis conteſtatæ tempore vindicari fructus; qui eo tempore adhuc nulli erant: & qui igitur potuerunt in rei vindicationem venire? poterant tamen a Judice, ſi deinde a poſſeſſore perciperentur, juberi, quaſi rei petitæ acceſſiones, reſtitui. quod ſi eſt: apparet, eorum uſuras a poſſeſſore præſtari minime; quia non placet, acceſſionis acceſſionem eſſe. idque verum eſt, etſi venditis his fructibus, eorum pretia ſint in ſortem redacta. quod ſi fructus, ante litem conteſtatam percepti, condicantur, id eſt, condictione ex lege, vel ſine cauſa, vel ex injuſta cauſa, petantur; ſimiliter negat Papinianus, eorum uſuras admitti. nec improbo: quia condictiones ſunt actiones ſtricti juris; in quas uſuræ, niſi in ſtipulationem deductæ, non veniunt. ſolent autem fructus, ante litem conteſtatam percepti, condici; cum conſumpti ſunt. nam ſi exſtent, vindicari poſſunt *l.* 3. *C. de condictione ex lege. l.* 16. *C. de prædiis minorum. l.* 22. §. 2. *D. de pigneratitia actione.* atque eo quoque in caſu uſuras ex his deberi, ratio non patitur: quia certum eſt, uſuras ex corporibus non deberi: ut ſupra monui. Sic in ſingularis rei vindicatione cenſet Papinianus.

De hereditatis vero petitione ita infit *l.* 51. §. 1. *D. de hereditatis petitione. Fructuum poſt hereditatem petitam perceptorum uſuræ non præſtantur. diverſa ratio eſt eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt.* Papinianus negat, fructuum, poſt litem conteſtatam perceptorum, præſtari uſuras: ſcilicet, quia hi fructus non principaliter venere in petitionem hereditatis. non enim tempore litis conteſtatæ adhuc in rebus humanis, atque adeo hereditariis, fuere: quas demum in hereditatis petitionem venire, certum eſt. ita eſt: hi fructus non debentur principaliter jure actionis; ſed officio Judicis quaſi acceſſiones debentur. numquam igitur eorum uſuræ præſtantur; ſive adhuc exſtent, ac pro corporibus habeantur; ſive jam venditi, inque ſortem redacti, ſint: quia, ut dixi, non placet, acceſſionis acceſſionem eſſe. ſic in fructibus, poſt petitam hereditatem perceptis. Quid, ſi ante ſint percepti, atque etiam venditi? (ſic enim *in d. l.* 51. §. 1. formanda ſpecies, ut in *l.* 18. *D. de his quæ ut indignis auferuntur*) ait Papinianus, diverſam eorum rationem eſſe. quam ob rem? quia fructus, ante percepti, hereditatem auxerunt. recte: nam in petitionem hereditatis univerſæ veniunt res hereditariæ *l.* 18. §. 2. *&* *l.* 19. *D. de petitione hereditatis.* fructus autem, ante litem conteſtatam percepti, erant jam tum res hereditariæ. veniunt igitur in petitionem hereditatis. idque etiam conſequens eſt formulæ petitionis hereditatis: quæ formula eſt, ajo, eam hereditatem meam eſſe; ac non modo hereditatem, ſed etiam fructus qui auxerunt eam, antequam peteretur, continet, quaſi hereditatis partem *l.* 20. §. 3. *D. eod. tit.* quod ſi eſt; quid vetat, eorum uſuras officio Judicis præſtari? utique, cum apparet, eos in hereditatis petitionem venire, non ut acceſſiones, ſed ut res ſeu partes hereditatis *d. l.* 51. §. *ult. l.* 40. §. 1. *D. eod. tit.*

Idem eſt circa heredem a quo fiſcus hereditatem petit ideo, quod tacitum fideicommiſſum ſuſcepit in fraudem legis. non enim is heres bonæ fidei poſſeſſor habetur, magis prædo intelligitur *l.* 46. *D. de hereditatis petitione.* & ita Papinianus *l.* 18. *D. de his quæ ut indignis auferuntur* aliquando ſe reſpondiſſe, ſcribit verbis ſequentibus. *Eum qui tacitum fideicommiſſum in fraudem legis ſuſcepit, eos quoque fructus quos ante litem motam percepit, reſtituere cogendum reſpondi: quod bonæ fidei poſſeſſor fuiſſe non videtur, exemplo bonorum fiſco vindicatorum. Poſt motam de tacito fideicommiſſo controverſiam, ante pretia fuctuum percepta cum uſuris eſſe reſtituenda reſpondi, ſed omnium fructuum, quorum pretia percepta fuerant. quod ſi fructus in uſu habuit, eorum pretia tantum reſtitui ſatis erit.* Papinianus complura definit. primum eſt, quod qui tacitum fideicommiſſum ſuſcepit in fraudem legis, is ſi a fiſco conveniatur, tenetur non tantum bona quæ fiſcus vindicavit, reſtituere; ſed ipſorum exemplo etiam fructus quos ante litem conteſtatam percepit. addit rationem Papinianus: quia, cum fidem in fraudem legis adhibuit, non tam bonæ, quam malæ, fidei poſſeſſor videtur. alterum eſt, quod is qui tacitum fideicommiſſum ſuſcepit, poſt motam controverſiam, id eſt, poſt litem conteſtatam, tenetur reſtituere pretia fructuum ante litem conteſtatam percepta: nec ipſa tantum, ſed etiam eorum uſuras. tertium eſt, quod, ſi non vendidit fructus, ſed in uſu habuit, eorum non pretia cum uſuris, ſed pretia ſine uſuris, reſtituit. Sic Papinianus: quia tum conveniebat juris rigori quem nulla adhuc laxaverat Conſtitutio. ſed aliter ei viſum poſt Conſtitutionem D. Severi deinde ſequutam: de qua ſic porro ſcribit, *Sed D. Severus bonorum tacite relictorum, citra diſtinctionem temporis, fructus duntaxat deberi, non etiam uſuras eorum, benigne decrevit. quo jure utimur.* Papinianus ſignificat, cum heredem, a fiſco conventum, ſolos jam teneri fructus reſtituere, non etiam fructuum uſuras: nec intereſſe inter tempus quod præceſſit litem conteſtatam, & quod ſequutum eſt. qui poteſt? quia D. Severus adverſus rationem juris quæ ante obtinuit, ſic

benigne decrevit: & hoc jure utimur. Atqui Paulus *l.* 17. §. 2. *D. de uſuris* ſic infit, *In tacito fideicommiſſo omne emolumentum heredi auferendum, & fiſco præſtandum, Divus Pius reſcripſit: ergo & uſurarum emolumentum auferetur heredi.* Quid poſtea? non enim dicit, heredem qui tacitam fidem adhibuit, fructuum quos ipſe vendiderit, uſuras præſtare: ſed uſurarum emolumentum, ſi quas a debitoribus hereditariis perceperit. debet igitur uſuras quas ipſe a debitoribus collegit, reſtituere: pretii autem fructuum quos vendidit, uſuras præſtare non debet.

Hæc in malæ fidei poſſeſſore. quid in eo qui eſt bonæ fidei? idem dicendum: ſaltem poſt litem conteſtatam. nam exinde malæ fidei poſſeſſor habetur: ut ſupra dixi. cæterum ante litem conteſtatam non peræque idem dicendum eſt. tum enim non tenetur fructus aut eorum pretia reſtituere: nec igitur eorum uſuras præſtare; ne quidem ex tempore conteſtatæ litis: niſi forte ex his locupletior factus ſit. quo caſu cum fructus, quaſi augmenta hereditatis, veniant in reſtitutionem, conſequens eſt, ut eorum fructus, id eſt, uſuras, quoque præſtare debeat *l.* 40. §. 1. *D. de hereditatis petitione. l.* 1. §. 1. *C. eod. tit.*

CAPUT XIII.

De vario atque incredibili uſurarum abuſu, cum manifeſto, tum tecto, qui olim fuit: & adducta notabilia utriuſque exempla: itemque remedia adverſus abuſum. Nomina certa *apud Horatium*, incerta *in Senatuſconſulto Macedoniano apud Ulpianum. l. 1. D. de Senatuſconſulto Macedoniano.* certus homo *apud Ciceronem. Senſus l. 8. C. Si certum petatur, l. 16. C. de uſuris, & quorumdam aliorum Juris Civilis capitum.*

Poſtquam expoſui uſurarum modum; tempus erit, de earum abuſu quædam addere. non enim ubi debuit, ſubſtitit avaritia; ſed ſæpe finem modumque egreſſa eſt: fœneratoribus non unam centeſimam, (quam etſi gravem ac ſanguinolentam, tamen jus permittebat) ſed binas, aut ternas, aut quaternas, etiam quinas, ſtipulantibus. Res fidem excedit. ſed veriſſima eſt: & in mundo ſunt qui probent teſtes. binarum enim centeſimarum meminit Cicero *Verrin.* 3. *c.* 71. triplicis uſuræ, id eſt, ternæ centeſimæ, Juvenalis *Sat.* 9. *verſ.* 7. quaternarum Cicero *lib.* 5. *Ad Attic. Epiſt. ult.* & *lib.* 6. *epiſt.* 1. & 2. & quinarum mercedum, id eſt, quinarum centeſimarum, Horatius *lib.* 1. *Sermon. ſat.* 2. *verſ.* 14. atque ad hunc abuſum neſcio an præterea referam hæc Voluſii Mæciani verba, *Diſtributione aſſis*, (etſi poſſint quoque referri ad fœnus nauticum; quod plures centeſimas admiſiſſe, ſupra monui capite VII) *Centeſima quæ commodi aut uſurarum nomine ad ſortem applicaretur, ſicilico, id eſt, C averſo, eo notari; quod cum C centum ſignificaret, convertebatur ad eam ſummam, cujus centeſima futura erat: & ſive una convenerat, unus ſicilicus; ſive plures, tot ſicilici ponebantur.*

Sed liquet peſſimi res exempli. ſic enim vere dixerim. nam ſi qui ad eum modum exercerent fœnus, hi non duri aut acerbi fœneratores, ſed impudentes atque improbi, habebantur. nempe, quia cauſa tam immanis uſuræ non poterat alia, quam turpis, eſſe. fœneratores enim, quamquam duri, tamen boni, quia pecunias ſuas (quod libro oſtendi primo c. XI.) non aliis fœnerabant, quam quibus tuto credi poſſent, (quos Horatius *nomina certa* ſequentibus appellat verbis *lib.* 2. *epiſt.* 1. *verſ.* 103.

Romæ dulce diu fuit, & ſolenne, recluſa
Mane domo vigilare: clienti promere jura:
Cautos nominibus certis *expendere nummos*)

uſura centeſima, ſive legitima, contenti erant. contra improbi aut ſatui, quo plures centeſimas ſtipulari poſſent, pecunias ſuas fere credebant nominibus malis, ſive incertis, id eſt, quibus non viderentur tuto credi. finge, homines qui lege prohiberentur, aut per paupertatem, nequitiamve, non poſſent fœnori accipere. Tales fuiſſe videntur Scaptius & Matinius: qui, cum Salaminii Romæ, propter legem Gabiniam, non invenirent fidem, iis promiſerunt pecuniam dare quaternis centeſimis; modo ſi per Senatum ſolverentur lege. de eo ſane Scaptio ſic opinatur Cicero *d. lib.* 5. *epiſt. ult. Ad Atticum. Mihi autem impudens magis, quam ſtultus videbatur. nam aut bono nomine centeſimis contentus erat; aut non bono, quaternas centeſimas ſperabat.* De eodem genere fuit Fufidius: qui ut quinas mercedes, ſive quintuplicem centeſimam, ſorti exſecaret; ſectabatur homines perditos, aut filiosfamilias, & adoleſcentes, luxurioſos ac prodigos: id eſt, mala & incerta nomina. Horatium audi *lib.* 1. *Sermon. ſat.* 2. *verſ.* 12.

Fufidius vappæ famam timet ac nebulonis
Dives agris, dives poſitis in fœnore nummis.
Quinas hic capiti mercedes exſecat, atque
Quanto perditior quiſque eſt, tanto acrius urget.
Nomina ſectatur, modo ſumpta veſte virili,
Sub patribus duris tironum. Maxime, quis non,
Jupiter, exclamat, ſimul atque audivit.

Superioribus addi poteſt Macedo, is qui Senatuſconſulto Macedoniano & cauſam & nomen præbuit. idque opinor ipſis ſignificari Senatuſconſulti verbis quæ appoſui ex *l.* 1. *D.*

de

de Senatuſconſulto Macedoniano, ut aliquod ex his invenirent lumen: ſunt autem iſta. *Cum inter cæteras ſceleris cauſas Macedo quas illi natura adminiſtrabat, etiam æs alienum adhibuiſſet, & ſæpe materiam peccandi malis moribus præſtaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur)* incertis nominibus *crederet: placere, ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dediſſet, etiam poſt mortem parentis ejus, cujus in poteſtate fuiſſet, actio petitioque daretur: ut ſcirent qui peſſimo exemplo fœnerarent, nullius poſſe* filiifamilias bonum nomen *exſpectata patris morte fieri.* Senatus vocat *incerta nomina* quæ ſunt *mala*; & e diverſo *bonum nomen* quod Horatio *d. lib. 2. epiſt. 1. verſ. 105.* eſt *certum*, ſive fidei minime levis aut dubiæ. quo ſenſu & Cicero videtur accipere *lib. 5. Ad Atticum epiſt. ult.* verbis ſequentibus, *Q. Voluſium, tui Tiberii generum*, certum hominem, *ſed mirifice etiam abſtinentem, miſi in Cyprum.* Significat vero Senatus, quod Macedo ſectabatur nomina non certa & bona, atque adeo centeſimam, ſive legitimam, uſuram: ut tum ſolebant rigidi, & tamen boni, fœneratores: ſed nomina incerta, ſive mala, quo plures centeſimas ſtipulari poſſet. quæ res erat fœneratoris flagitioſi atque impudentis, aut certe fatui. Juvenalis indicat *Sat. 9.* verba Juvenalis.

Non erat hac facie miſerabilior Creperejus
Pollio, qui triplicem uſuram *præſtare paratus*
Circuit, & fatuos *non invenit.*

Sed avaritia non tantum palam exceſſit uſurarum modum; ſed etiam per fraudem, nec unam, ſed variam. Placebunt exempla quæ adferam. unum eſt in *l. 8. C. Si certum petatur.* verba ejus ſunt, *Si pro mutua pecunia; quam a creditore poſcebas, argentum, vel jumenta, vel alias ſpecies utriuſque conſenſu æſtimatas accepiſti, dato auro pignori: licet ultra centeſimam uſuras ſtipulanti ſpopondiſti: tamen ſors, quæ æſtimatione placito partium definita eſt, & uſurarum titulo legitima tantum recte petitur. nec quidquam tibi prodeſſe poteſt, quod minoris eſſe pretii pignus, quod dediſti proponis, quo minus hujus quantitatis ſolutioni pareas.* Sic rectiſſime habet Haloandri exemplar; & complures manuſcripti codices: etſi in quibuſdam eſt, *legitima [ſumma] tantum recte petitur*; &, *legitima quantitas:* ut monui *lib. 1. c. 2.* Species hæc eſt. tu a Titio poſcebas mutuam pecuniam. ille cum non haberet, ut in *l. 11. D. de rebus creditis*, vel diſſimularet, ſe habere; dedit tibi argentum vel jumenta vel alias ſpecies, utriuſque conſenſu æſtimatas: dein aurum pignori accepit, & uſuras ultra centeſimam ſtipulatus eſt: puto, non ſimpliciter, ſed ſub colore reparandi diſpendii quod paſſurus ſit ex mutuo: in quo amici gratia ſit ei carendum argento fabrefacto, vel jumentis in quæ affectus cadat. ſic ſolebant fœneratores: & queritur Ambroſius, De *Tobia c. 3.* verba Ambroſii. *At ubi uſurarum mentio facta fuerit, aut pignoris, tunc abjecto ſupercilio fœnerator arridet, & quem ante cognitum ſibi denegabat, eundem tanquam paternam amicitiam recordatus oſculo excipit, hereditariæ pignus charitatis appellat, flere prohibet. Quæremus, inquit, domi, ſi quid nobis pecuniæ eſt, frangam propter te argentum paternum quod fabrefactum eſt; plurimum damni erit, quæ uſuræ compenſabunt pretia emblematum? Sed pro amico diſpendium non reformidabo, cum reddideris, reficiam. Itaque antequam det, reficere feſtinat: & qui in ſumma ſubvenire ſe dicit, uſuras exigit. Kalendis, inquit, uſuras dabis: fœnus interim, ſi non habueris unde reſtituas, non requiro.*

Simile exemplum eſt in *l. 16. C. de uſuris*, cujus hæc verba ſunt. *Cum non frumentum, ſed pecuniam fœnori te accepiſſe alleges, ut certa modiatio tritici præſtaretur; ac niſi is modius ſua die fuiſſet oblatus, menſurarum additamentis in fraudem legitimarum uſurarum gravatum te eſſe contendas: potes adverſus improbam petitionem competenti uti defenſione.* Titius Sulpitio pecuniam credidit; ab eoque non hanc reddi, & ſi non reddatur, ejus uſuras, ſtipulatus eſt: ſed pro pecunia certam tritici modiationem præſtari; ac, niſi is modus (in editis libris eſt *modius:* ſed Ruſſardi & Charondæ marginales Notæ, habent, *modus:* quod magis probo) ſua die oblatus eſſet, menſurarum additamenta. quæritur, an teneatur debitor? Sed non putat Gordianus, eum teneri: ſed poſſe adverſus improbam petitionem competenti uti defenſione: Atqui qui pecuniam credit, is & pecuniam reddi ſtipulari poteſt, & aliud pro pecunia, *l. 2. D. de rebus creditis.* etiam, qui uſuras ex pecunia ſtipulatur, non utique ejus materiæ, quam credidit, ſed etiam alterius, uſuras ſtipulari poteſt: ut ſupra traditum. hoc vero ſi eſt: non recte improba dicitur petitio quæ ex hujuſmodi ſtipulatione fit. Et ſane ſic eſt: niſi ſi quid fiat in fraudem legitimarum uſurarum quo gravetur promiſſor. quod Gordianus in hac ſpecie fieri obſervat. in qua creditor, cum mutuam dediſſet pecuniam, debuerat pecuniæ uſuras, id eſt centeſimas, ſtipulari; ſive in eadem, ſive in alia, materia. nunc autem non centeſimas, quas rei origo volebat, ſed, quaſi ex tritico credito, (qui titulus obligationis non verus, ſed quæſitus erat) majores uſuras ſtipulatus eſt: tritici enim, cæterorumque fructuum, uſuræ, Gordiani tempore, non uſque ad centeſimam conſiſtebant; ſed eam egredi poterant: ut alibi probavi. recte igitur improba illa res dicitur: quia cenſetur facta in fraudem legitimarum uſurarum quæ ex pecunia debebantur.

Fuit & alius color diſſimulandi abuſus uſurarum ſub appellatione pœnæ. pone, creditor non uſuram majorem ſtipulatur: ſed pœnam. an debetur promiſſa ſupra modum? non enim is pœnæ poſitus eſt, ſed uſuræ. multum autem intereſt inter uſuram & pœnam.

nam uſura tantum quantitatibus, pœna etiam corporibus & factis, adjicitur. præterea uſura pro uſu debetur. pœna non ab uſu pendet, ſed ab eventu conditionis: denique hanc cauſam habet, ut coërceatur is qui non præſtat quod promiſit. valet igitur pœnæ ſtipulatio etiam ſupra modum legis: etſi uſuræ ſtipulatio ſupra eam non valeat. Si tamen creditor in ſingulos menſes pœnam ſtipulatus ſit; quid intereſt, utrum pœnam, an uſuram, dicat: cum enim uſura quoque in ſingulos menſes promittatur, ſi non hanc, ſed pœnam, dicat; non rem, ſed nomen, mutat. taceo, quod uſura quæ ex mora promittitur, hanc conditionem habet, ſi pecunia ſua die non ſolvatur: & ideo pœna appellatur. optime igitur Modeſtinus *l.* 44. *D. de uſuris*, *Pœnam pro uſuris ſtipulari nemo ſupra modum uſurarum licitum poteſt*. Sed quid, ſi non in ſingulos menſes pœnam ſtipulatus ſit, ſed ſemel pro toto tempore? ſcilicet, ut, ſi ad diem non ſolvatur debitum, ejus duplum, vel triplum, vel quadruplum, perſolvatur. qui eſt caſus *l.* 15. *C. de uſuris*, *& l.* 13. §. 26. *D. actionibus empti & venditi.* Poſſit aliquanto major, quam in ſuperiore ſpecie, dubitatio eſſe: quia uſura per temporum intervalla ſæpius incrementa accipit: pœna autem ſemel committitur; non ſæpius. diſtinguitur igitur pœna ab uſuris: & quamquam uſura non poſſit centeſimam egredi; tamen nil vetat, pœnam in duplum, triplum, aut quadruplum, promitti *l.* 56. *D. de evictionibus. l.* 38. §. 17. *D. de verborum obligationibus.* Sed nec hæc diſputatio alio pertinet, quam ut ea pœna non quidem adverſus legis verba videatur adjecta: ſed in fraudem legis. quæ cum uſuras prohibet ultra modum, hoc agit, ne creditor præter ſortem quidquam emolumenti ſub qualicumque prætextu auferat, niſi quod intra finem legis ſubſiſtat. & ſane, ſi quis majores uſuras ſtipuletur, quam lex permittit, is & adverſus legis ſententiam facit, & adverſus verba: quia facit non modo adverſus id quod lex ſenſit; ſed etiam adverſus hoc quod dixit. ſed ſi non uſuras, ſed pro his duplum, aut triplum, aut quadruplum, ſtipuletur; adverſus verba quidem nihil facit, ſed mentem ejus circumvenit: quia facit adverſus id quod lex voluit; etſi non facit adverſus hoc quod dixit. & id Modeſtinus indigitat *l.* 44. *D. de uſuris*, cum ait, neminem poſſe pœnam pro uſuris ſtipulari ſupra modum uſurarum licitum. nec is tantum; ſed Gordianus quoque *d. l.* 15. & Ulpianus *d. l.* 13. §. 26. Atqui poteſt pœnæ ſtipulatio adſcendere quoque ad duplum, triplum, aut quadruplum *d. l.* 56. *& d. l.* 38. §. 17. Niſi, ſi quid fiat in fraudem legis quæ uſuras prohibuit ultra centeſimam. quod tunc fieri videtur; cum principaliter quantitas debetur certa die; &, ſi ea non ſolvatur, pecunia promittitur. qui eſt caſus *d. l.* 13. §. 26. *D. de actionibus empti & venditi.* at cum non pecunia principaliter debetur, ſed corpus aut factum, &, ſi id præſtitum non ſit, pœna promittitur, qualiſcumque illa fuerit; contra dicendum eſt, nihil in fraudem uſurarum fieri: quia uſura non in corporibus aut factis, ſed in quantitatibus, locum habet; pœna vero non in quantitatibus tantum, ſed etiam in corporibus & factis, debetur.

Fuere & plura fraudum genera quibus circumveniretur legis ſententia; de quibus ita Juſtinianus *l.* 26. §. 1. *C. de uſuris. Interdicta licentia creditoribus ex pecuniis fœnori dandis aliquid detrahere vel retinere ſiliquarum nomine vel ſportularum vel alterius cujuſcumque cauſæ gratia.* ſic Juſtinianus: ſed quid velit, ſequente capite in expoſitione horum verborum aliquanto plenius enarrabo.

Cæterum ſive palam, ſive adhibito colore, ſupra modum quid diceretur actum; Veteres hoc pro nullo habebant, quatenus legitimum excederet finem: reliquum nihilominus peti permittebant: nempe, ne utile per inutile vitiaretur. Niſi placet quod Vir Summus, Barnabas Briſſonius *lib.* 3. *Select. antiq. c.* 1. opinatur, lege Gabinia vetitum fuiſſe, ne jus diceretur ex ea ſyngrapha qua majus uſura centeſima fœnus promiſſum eſſet: idque a Cicerone indicari *lib.* 5. *Ad Atticum epiſt. ult.* Sed hoc non ita eſt; & jam in anteceſſum refutavi capite IV. hujus libri. Noſtro autem jure quod Pandectis continetur, nihil verius eſt, quam id quod legis modum excedit, improbari quidem: ſed reliquum peti poſſe. id enim liquet ex *l.* 29. *D. de uſuris*, *& l.* 8. *C. Si certum petatur.* & idem Papinianus vult *l.* 9. *D. de uſuris*; cum inſit, *Pecuniæ fœnebris, intra diem certum debito non ſoluto, dupli ſtipulatum in altero tanto ſupra modum legitimæ uſuræ reſpondi non tenere. quare pro modo cujuſcumque temporis, ſuperfluo detracto, ſtipulatio vires habebit.* Proponuntur, verbi gratia, centum aurei mutui dati, & interpoſita ſtipulatio, ut ea pecunia intra diem, verbi gratia, intra annum non ſoluta, debitor pœnæ nomine præſtaret duplum, id eſt, ducentos aureos. ea ſtipulatio, vel, ut Papinianus loquitur, is ſtipulatus, ut in *l.* 1. §. *pen. D. de pignoribus*, *& l.* 4. §. 1. *D. de nautico fœnore*, in altero tanto, id eſt, in duplo, ut in *l.* 9. §. 5. *D. de publicanis*, utilis quidem eſt, quatenus ſubſiſtit intra legitimam uſuram: ſed, quatenus eam excedit, non tenet. nam, ſi debitor moram fecerit in ſolutione, non ſtatim alterum tantum debetur: ſed poſt primum annum ſaltem uſura legitima, id eſt, duodecim aurei; poſt alterum autem altera centeſima, quæ cum priore juncta facit quatuor & viginti aureos: & ſic porro. is enim eſt finis legitimæ, ſive centeſimæ uſuræ. & hoc Papinianus vult: cum ait, pro modo cujuſcumque temporis, ſuperfluo detracto, ſtipulatio vires habebit. illud quoque placet quod Paulus *l.* 20. *D. de uſuris* ſcribit, *Uſuras illi-*

illicitas ſorti mixtas ipſas tantum non deberi, cæterum ſortem nou vitiare.

Atque hæc obtinuerunt, nondum ſolutis uſuris. Sed quid, ſi ſolutæ ſint? videtur dubitatum fuiſſe, an potuerint repeti uſuræ. nam Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 14. §. 9. ſic inſit, *Uſuræ ſupra centeſimam ſolutæ ſortem minuunt, & conſumpta ſorte repeti poſſunt.* Paulus vult, uſuras ſupra centeſimam ſolutas, nondum ſoluta & ideo extante adhuc ſorte, ei imputari: ſed ſolutas, poſt ſortem ſolutione conſumptam, quaſi indebitas repeti. At contra Ulpianus *l.* 26. *D. de condictione indebiti.* verba Ulpiani. *Si non ſortem quis, ſed uſuras indebitas ſolvit, repetere non poterit, ſi ſortis debitæ ſolvit: ſed ſi ſupra legitimum modum ſolvit, D. Severus reſcripſit (quo jure utimur) repeti quidem non poſſe, ſed ſorti imputandum; & ſi poſtea ſortem ſolvit, ſortem quaſi indebitam repeti poſſe. Proinde & ſi ante ſors fuerit ſoluta, uſuræ ſupra legitimum modum ſolutæ, quaſi ſors indebita, repetuntur. Quid, ſi ſimul ſolverit? poterit dici, & tunc repetitionem locum habere.* Sic Florentiæ editur: etiam Græci legerunt recte: quamquam in aliis libris eſt, *ſorti debitas:* eamque ſcripturam probavit Johannes Robertus *lib.* 2. *Sentent. jur. c.* 16. Negat autem Ulpianus, uſuras ſupra centeſimam ſolutas repeti, etſi indebitas; modo ſi ſint ſortis debitæ: & addit, D. Severum reſcripſiſſe, eoque jure nos uti, ſi quis ſupra legitimum modum ſolvit; non quidem repeti poſſe, ſed ſorti imputandum: &, ſi poſtea ſortem ſolvit, ſortem, quaſi indebitam, repeti poſſe. proinde & ſi ante fuerit ſors ſoluta, uſuras ſupra legitimum modum ſolutas repeti, quaſi ſortem indebitam. quid, ſi ſimul ſolverit? ait; poſſe dici, & tunc locum habere repetitionem *l.* 26. *D. de condictione indebiti.* Voluit igitur Ulpianus, uſuras ſortis debitæ, ſolutas ſupra legitimum modum, ſive nondum ſoluta ſors ſit, ſive jam ſit ſoluta, ei imputari: ſed ipſas uſuras, quaſi indebitas, non repeti. forte, quia uſuræ ex mora debitæ, ad inſtar pœnæ habentur; quæ poſtquam depenſa eſt, non repetitur *l.* 42. *D. eod. tit.* Habes Veterum varietatem. quam indigitat, ſimul tollit, Imp. Philippus *l.* 18. *C. de uſuris*, cum ſic ait, *Indebitas uſuras, etiamſi ante ſortem ſolutæ non fuerint, ac propterea minuere eam nou potuerint, ſed poſt ſortem redditam creditori fuerint datæ, excluſa [veteris] juris varietate, repeti poſſe, perpenſa ratione firmatum eſt.*

Præter has cautiones adverſus illicitas uſuras de quibus dixi, olim fuit & quadrupli pœna. ejuſque meminit Aſconius Pedianus *in Divinat. p.* 27. ſequentibus verbis. *Alii dicunt quadruplatores eſſe reorum accuſatores qui convicti quadrupli damnari ſoleant, ut aleæ aut pecuniæ gravioribus uſuris fœneratæ, quam pro conſuetudine.* Sed & Cato, *De re ruſtica*, ſic accipiendus, cum ait, *Majores enim noſtri ſic habuerunt, & ita iu legibus poſiverunt, furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli.* Eam vero pœnam, deſuetudine obliteratam, deinde reduxere Imppp. Valentinianus, Theodoſius, & Arcadius *l.* 2. *Cod. Theod. de uſuris.* verba eorum. *Quicumque ultra centeſimam jure permiſſam aliquid ſub occaſione neceſſitatis eruerit, quadrupli pœnæ obligatione conſtrictus, ſine ceſſatione, ſine requie, protinus ablata redhibebit. Hi vero qui antea pari furore graſſati uſpiam detegentur, in duplum extorta reſtituant.*

Caput XIV.

De nova uſurarum definitione a Juſtiniano facta. l. 26. §. 1. C. de uſuris diligenter & plene explicita.

Cum eſſet hic ſtatus uſurarum quem expoſui, eoque magis, quam e re publica eſſet, laxari videretur diſciplina: recte atque ordine ſe facturum, exiſtimavit Imp. Juſtinianus; ſi per ſe ei diligentius conſuleretur: & cum intelligeret, non eamdem omnibus eſſe pecuniæ utilitatem, ſed aliorum magis, aliorum minus, intereſſe, pecuniam habere, aut ea carere; pro varia hominum conditione, varie definivit uſurarum modum, aliis majores, aliis minores, permittens: nempe, ut earum ſolutio non ad explendam fœneratoris avaritiam, ſed ad damnum quod pati, vel lucrum quo carere, videretur, reſarciendum pertineret: denique, ut æque in uſuris & fœnore, atque in cæteris negotiis, inter contrahentes æqualitas Jure Gentium ſervaretur. ea Conſtitutio exſtat *l.* 26. §. 1. *C. de uſuris*, fere in hæc verba. *Super uſurarum vero quantitate etiam generalem ſanctionem facere neceſſarium eſſe duximus, veterem duram & graviſſimam earum molem ad mediocritatem deducentes. ideoque jubemus, Illuſtribus quidem perſonis, ſive eas præcedentibus, minime licere ultra tertiam partem centeſimæ uſurarum nomine in quocumque contractu vili, vel maximo ſtipulari. † Illos vero, qui ergaſteriis præſunt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt, uſque ad beſſem centeſimæ [uſurarum nomine in quocumque contractu] ſuam ſtipulationem moderari. † Iu trajectitiis autem contractibus, vel ſpecierum fœnori dationibus, uſque ad centeſimam tantummodo licere ſtipulari, nec eam excedere; licet veteribus legibus hoc erat conceſſum. † Cæteros autem [omnes] homines dimidiam tantummodo centeſimæ uſurarum [nomine] poſſe ſtipulari: & eam quantitatem uſurarum etiam in aliis omnibus caſibus nullo modo ampliari, in quibus citra ſtipulationem exigi uſuræ ſolent. Nec liceat judici memoratam augere taxationem, occaſione conſuetudinis, in regione*

obti-

Digitized by Google

obtinentis. † *Si quis autem aliquid contra modum hujus fecerit conſtitutionis, nullam penitus de ſuperfluo habeat actionem: ſed & ſi acceperit, in ſortem hoc imputare compelletur.* † *Interdicta licentia creditoribus ex pecuniis fœnori dandis aliquid detrahere, vel retinere ſiliquarum nomine, vel ſportularum, vel alterius cujuſcumque cauſæ gratia. nam ſi quid hujuſmodi factum fuerit, principale debitum ab initio ea quantitate minuetur, ut tam ipſa minuenda pars, quam uſuræ ejus exigi prohibeantur.* † *Machinationes etiam creditorum, qui ex hac lege prohibiti majores uſuras ſtipulari alios medios ſubjiciunt, quibus hoc non ita interdictum eſt, reſecantes jubemus, ſi quid tale fuerit attentatum, ita uſuras computari, ut neceſſe eſſet, tanquam ſi ipſe, qui alium interpoſuit, fuiſſet ſtipulatus: in quo caſu ſacramenti etiam illationem locum habere ſancimus.* Prima Imperatoris providentia eſt circa *perſonas Illuſtres* & *eas præcedentes.* de quibus, ſi lubet, vide V. Cl. Jacobum Gutherium *lib.* 1. *De officiis domus Auguſtæ c.* 4. *item c.* 10. & 11. Permittit autem Imperator his perſonis *in quocumque contractu vili, vel maximo,* uſuras ſtipulari dumtaxat uſque ad *tertiam centeſimæ partem,* id eſt uſque ad trientes uſuras: atque ut has & non majores his indulgeret; præſertim moviſſe eum videtur, quod Veteres has uſuras leviſſimas opinabantur: ſimul, quod illas perſonas a ſordibus atque aviditate alienas eſſe oporteret. voluit igitur, per has alios ſublevari pecunia; & his fructus ejus uſura repenſari: ſed ſine illiberalitatis aut avaritiæ ſuſpicione. quæ cum in trientes uſuras minime cadere videretur; & Antoninus Pius, apud Capitolinum, *ejus vita c.* 2. *Fœnus trientarium, hoc eſt, minimis uſuris exercuit, ut patrimonio ſuo plurimos adjuvaret.* Alexander quoque Severus, apud Lampridium, *in ejus vita c.* 21. *Fœnus publicum trientarium exercuit.* Sic Juſtinianus in Illuſtribus viris & eos præcedentibus.

Illos vero qui ergaſteriis præſunt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt, vult, *uſque ad beſſem centeſimæ uſurarum nomine in quocumque contractu ſuam ſtipulationem moderari.* *Ergaſteria* vero illi ſunt officinæ, ſeu loca mercimoniis deputata: ut in *l.* 1. *C. de metatis, lib.* XII. *tit.* 41. denique, mercaturæ exercendæ tabernæ. unde *ergaſteria & tabernæ* conjunguntur *l.* 2. *C. de Epiſcopis & Clericis,* & *l.* 10. *Cod. Theod. de Epiſcopis, Eccleſiis & Clericis.* Quod ſi eſt; intelligimus, beſſes uſuras cuicumque indulgeri negotiatori: qui licitam exerceat negotiationem: etiam argentariis. nam & hos *negotiatorum* appellatione contineri, & *ergaſteriis præeſſe,* oſtendit *rubrica* & *l. unica C. Negotiatores ne militent, lib.* XII. *tit.* 35. cui adde ſis *l.* 18. *Cod. Theod. de luſtrali conlatione, lib.* 13. *tit.* 1. & recte. eſt enim eorum profeſſio, lucrum ſequi, & hunc in finem otioſam ſervare pecuniam, aut ab aliis fœnori accipere: iniquum vero videretur, illis qui impenſas faciunt, ut alios pecunia adjuvent, eas non refici *Novell.* 136. *c.* 4. centeſimam tamen his non conceſſit Juſtinianus: quod centeſima, etſi legitima erat, tamen, ſi Senecam audimus, ſanguinolenta habebatur: nec aliorum erat, quam acerbiſſimorum aut certe durorum fœneratorum: ut ex Cicerone *lib.* 6. *Ad Atticum epiſt.* 1. & Seneca *epiſt.* 118. apparet. non autem voluit Juſtinianus, fœneratorum aviditatem fovere; ſed communem adjuvare utilitatem.

Porro voluit Juſtinianus, *cæteros* [*omnes*] *homines dimidiam tantummodo centeſimæ uſurarum* [*nomine*] *poſſe ſtipulari:* id eſt ſemiſſes uſuras. quæ uſuræ Veteribus viſæ ſuut civiles ac modicæ: ut alibi demonſtratum eſt ex Plinio *lib.* 14. *Natur. hiſt. c.* 4. amplius juſſit Imperator, hunc modum a *fiſco* obſervari: ſive ei principaliter ſtipulanti debitores uſuras promiſerint; ſive actiones a prioribus creditoribus ad eum ſint quocumque modo devolutæ *l. ult. C. de uſuris fiſcalibus, lib.* 10. *tit.* 8. quod & ante obtinuiſſe, *hujus libri capite* X. probavi.

Jam omnibus, ſive ſint negotiatores, ſive non ſint, concedit Juſtinianus centeſimæ ſtipulationem; at non paſſim, ſed certis dumtaxat in caſibus. Unus eſt *in trajectitiis contractibus:* in quibus pecunia datur trans mare vehenda periculo creditoris. nam cum creditor pecuniæ periculum quod ad debitorem pertineret, ex pacto in ſe ſuſcipit: non iniquum fuerit, æſtimationem hujus periculi ei a debitore majore uſura reparari. Sed ea ratio efficit, ne infra centeſimam ſubſiſtat uſura nautica: non impedit, ne eam egrediatur: quamquam hoc quoque vetet Juſtinianus, cum vetuſtas pateretur. atque ideo placuit ſeculi moribus, (de quibus V. Cl. Hugo Grotius *lib.* 3. *Introd. ad juriſpr. Batav. c.* XI.) relicta Juſtiniani definitione, redire ad jus antiquum, quo (ut capite VII. hujus libri tradidi) non lex, ſed paciſcentium utilitas, finem nautico ponebat fœnori, pro ratione majoris aut minoris periculi cujus pretium creditori eo fœnore refici oportet. Habes priorem caſum in quo Juſtinianus centeſimæ ſtipulationem permiſit. Alter caſus eſt *in ſpecierum fœnori dationibus.* eas autem *ſpecies* dici *fructus,* capite VIII. hujus libri cum ex aliis oſtendi, tum ex Hieronymo, *ad Ezechielem lib.* 6. *c.* 18. *p.* 206. ſimul, cur viſum Veteribus fuerit, ex ſpeciebus creditis majorem, quam ex mutua pecunia, uſuram indulgere.

Cæterum, conſtituta uſurarum quantitate, vetat Imperator: ne ea amplietur aut ſtipulatione, aut *etiam in aliis omnibus caſibus in quibus citra ſtipulationem exigi uſuræ ſolent. Si quis autem aliquid contra modum hujus fecerit conſtitutionis:* juſſit, eum *nullam penitus de ſuperfluo habere actionem. ſed & ſi acceperit, in ſortem hoc imputare.* adeo non integram impro-

probat ſtipulationem, ſed quod illicite adjectum eſt, pro non adjecto habet: ſcilicet, ne alioquin utile per inutile vitietur. denique, ſi quid amplius exactum fuerit, quam hac lege jus ſit, vult, eo ſortem minui.

Fuit olim & quadrupli pœna: ut ex Catone, *De re ruſtica*, & Aſconio Pediano *in Divinat. pag.* 27. ante demonſtratum eſt: & hanc pœnam, deſuetudine inumbratam, deinde reduxerant Imppp. Valentinianus, Theodoſius, & Arcadius *l.* 2. *Cod. Theod. de uſuris.* ſed ea lex, quia Codici a Juſtiniano inſerta non eſt, ei diſplicuiſſe videtur.

Illud quoque Imperator, quo magis occurreret fœneratorum fraudibus, prudentiſſime vetuit; ne quis *ex pecuniis fœnori dandis, aliquid detraheret, vel retineret ſiliquarum, vel ſportularum, nomine, vel alterius cujuſcumque cauſæ gratia.* Eſt autem *ſiliqua*, auctore Iſidoro, quarta & viceſima ſolidi pars. inde *ſiliquaticum*, cum dimidia ſiliqua in nundinis ex cujuſcumque mercis negotiatione in ſingulos ſolidos fiſco a venditore exigitur, item altera dimidia ab emptore. vid. Cujac. *lib.* 16. *Obſ. c.* 23. Porro *ſportulæ* ſunt, munera: & fuit is avidiorum mos fœneratorum, ne viderentur ullas, aut certe majores, quam deceret, uſuras ſtipulari, munuſcula accipere, aut detrahere. meminit Hieronymus, *in Ezechielem lib.* 6. *c.* 18. his verbis, *Alii pro pecunia fœnerata ſolent munuſcula accipere diverſi generis: & non intelligunt uſuram appellari & ſuperabundantiam, quidquid illud eſt, ſi ab eo quod dederint, plus acceperint.* Lactantius quoque *lib.* 6. *Divin. inſtit. c.* 18. de viro juſto agens, ſic infit, *Munus non accipiat a paupere, ut ſi quid ipſe præſtiterit, eo bonum ſit, quo fuerit gratuitum.* Sed Imperator non tantum *ſiliquarum*, aut *ſportularum*, nomine aliquid detrahi aut retineri vetat: ſed præterea etiam *alterius cujuſcumque cauſæ gratia.* Quod quid ſit, docuit me Ambroſius *De Tobia c.* 14. cujus verba, etſi complura ſint, adſcribenda credidi. ſunt autem hæc. *Et quia plerique refugientes præcepta legis, cum dederint pecuniam negotiatoribus, non in pecunia uſuras exigunt; ſed de mercibus eorum tanquam uſuram emolumenta percipiunt, ideo audiant, quid lex dicat: neque uſuram, inquit, eſcarum accipies, neque omnium rerum quas fœneraveris fratri tuo: fraus enim iſta & circumſcriptio legis eſt, non cuſtodia. Et putas te pie facere quia a negotiatore velut mutuum ſuſcipis? inde ipſe fraudem facit in mercium pretio; unde tibi ſolvit uſuram. fraudis illius tu auctor, tu particeps, tibi proficit quidquid ille fraudaverit. Et eſca uſura eſt, & veſtis uſura eſt, & quodcumque ſorti accedit, uſura eſt. Quod velis ei nomen imponas, uſura eſt. Si licitum eſt, cur vocabulum refugis? cur velamen obtexis? Si illicitum eſt, cur incrementum requiris? Quod pejus eſt, hoc vitium plurimorum eſt, & maxime divitum, quibus hoc nomine ſtruuntur cellaria. Si quis inſtaurandum convivium putat, ad negotiatorem mittit, ut abſynthiaci cupellam ſibi gratis deferat; ad cauponem dirigit, ut Picenum vinum, aut Tyriacum requirat: ad lanium, ut vulvam ſibi procuret: ad alium, ut poma ſibi adornet. itaque humanitatem judicant quæ alieno periculo conſtant.* Quod ſi hujuſmodi quid factum fuerit, vult Imperator, principale debitum ab initio ea quantitate minui, ita ut tam ipſa minuenda pars, quam uſuræ ejus, exigi prohibeantur.

Præterea cum futurum animadverteret, ut qui tantum trientes uſuras ſtipulari poſſent, ipſi fœnus darent, non per ſe, ſed per alios quibus jus eſſet, majores uſuras ſtipulari, etiam juſſit, ſi quid tale factum probaretur, non ſic computari uſuras, quaſi in ſtipulationem deductæ forent a ſubjecta perſona: ſed quaſi ipſe qui eam ſubjecerit, eas ſtipulatus eſſet: & ideo uſuras, non majores, ſed minores, ei ſolvi. ac ſi quæ ſuſpicio ejus machinationis eſſet; nec tamen probari poſſet: voluit, debitori jus eſſe, creditorem urgere ad jurisjurandi præſtationem: quo declaret, ſe eas uſuras, non alieno, ſed ſuo, nomine, ſtipulatum eſſe.

Atque hæc obtinere voluit, ſi ſtipulatione promiſſæ ſint uſuræ. Sed quid, ſi ſine ea debeantur officio Judicis? idem puto: & hoc ſequentia Juſtiniani verba indigitare, *Ceteros autem* [*omnes*] *homines dimidiam tantummodo centeſimæ uſurarum* [*nomine*] *poſſe ſtipulari: & eam quantitatem uſurarum etiam in aliis omnibus caſibus nullo modo ampliari, in quibus citra ſtipulationem exigi uſuræ ſolent. Nec liceat judici memoratam augere taxationem, occaſione conſuetudinis in regione obtinentis.* Poteſt igitur Judex officio ſuo ſemiſſes, aut minores, uſuras conſtituere; ſi is in regione mos ſit: ſed majores non poteſt. exemplo juris veteris quo Judex etiam potuit eas ex more regionis definire; modo ſi intra legitimas, ſive centeſimas, conſiſteret: ut ex Papiniani verbis quæ appoſui ex *l.* 1. *D. de uſuris*, intelligitur, *Cum judicio bonæ fidei diſceptatur, arbitrio judicis uſurarum modus ex more regionis, ubi contractum eſt; conſtituitur: ita tamen, ut legi non offendat.* Poſſet quis opinari, poſtrema verba eſſe a Triboniano adjecta ex ſuperiore legis Juſtinianeæ verſu. Sed ex his quæ dixi *capite* v. & vi. *hujus libri*, puto, apparet, verius eſſe, ea Papiniani eſſe. quamvis, ſi exponenda ſint hodie ex Juſtiniani mente, non repugnem, quo minus ex hac lege accipiant interpretationem quam ante non habuere. Sic certe viſum Theodoro, *Baſilic. lib.* 23. *tit.* 3. *ſcholio* ad eum locum *p.* 388. *tom.* 3. cum, *In bonæ*, inquit, *fidei judiciis permittitur judici cognoſcere de uſuris, eaſque definire ſecundum eas quæ in regione frequentantur, ubi contractum eſt: niſi lex refragetur: id eſt, tunc judex morem regionis ſequi debet, quando uſura quæ frequentatur in regione, non excedit ſemiſſem.*

Gg uſu-

uſuram. Quod ſi eſt; vereor, ne lapſus videri poſſit Claudius Salmaſius, *De modo uſurarum c.* 4. *pag.* 181. in fine: cum de trientibus uſuris ita infit, *Quas uſuras videtur Juſtinianus omnibus bonæ fidei contractibus præfiniſſe quæ olim ex more regionis arbitrio judicis conſtitui moris erat, dum ne legitimarum modum tranſirent.*

Sed quid, ſi lex velit quo in caſu majores uſuras adjudicari? fac: tutor pupilli pecuniam cujus tutelam adminiſtrabat, in uſus ſuos clam convertit: ſcribunt Veteres, eum ad legitimas, ſive maximas, ſive graviſſimas, id eſt, centeſimas, uſuras teneri Principum Conſtitutionibus: ut oſtendi *hujus libri capite* v. quid dicemus, poſt Juſtiniani Conſtitutionem? eum ad centeſimas, an ad ſemiſſes, teneri? ſed puto, ad ſemiſſes: propter ſuperiora Juſtiniani verba. quæ cum generaliter atque indiſtincte loquantur, eum hac lege a priore jure receſſiſſe, clare evincunt. Sed id clarius fit ex *l.* 3. *C. de uſuris rei judicatæ:* in qua ſic diſſerit Juſtinianus, *Si enim ex judicati actione centeſimæ omnimodo currunt uſuræ, ex contractibus autem hoc raro contingit: in capitulis lege noſtra tantummodo exceptis, hujuſmodi iniquitatem ipſa rerum neceſſitas introducebat.* idque & Græcis ſedit, *Baſilic. lib.* 38. *tit.* 17. *tom.* 5. *pag.* 188. in enarratione *l.* 1. *C. de pupillaribus uſuris.* in qua Imp. Alexander ita reſcribit, *Tutorem vel curatorem pecuniæ, quam in uſus ſuos convertit, legitimas uſuras præſtare debere, olim placuit.* quas vero Alexander vocat *legitimas uſuras*, Græci *ſemiſſes* interpretantur ex Juſtiniani ſententia: & tamen ex uſu temporis Alexandri de quo egi *capite* v. *hujus libri*, apparet, eum Principem non ſemiſſes, ſed centeſimas, intellexiſſe.

Ab hac tamen parte excipe pecuniam debitam ex cauſa judicati. quæ ſi ſoluta non ſit intra quadrimeſtre ſpatium a lata ſententia: voluit Juſtinianus *l.* 2. *C. de uſuris rei judicatæ*, ex ea centeſimas uſuras exigi. quas olim Antoninus *l.* 1. *C. eod. tit.* poſt legitimum tempus definierat in gratiam fiſci: ut ex Baſilicis, & ipſius legis inſcriptione, jam oſtendi *capite* x. Cæterum poſt Antoninum cœpit reus, poſt tres menſes a lata ſententia interpellatus, ad duplices centeſimas teneri. ſic enim placuit Imppp. Gratiano, Valentiniano & Theodoſio *l. unic. Cod. Theod. de uſuris rei judicatæ*, atque, ut ipſi ajunt, exemplo poſſeſſorum malæ fidei; qui ſolebant ex priſci juris formulis in duplos fructus conveniri. Sed id jus ſuſtulit Imp. Juſtinianus *l.* 26. §. 1. *C. de uſuris.* nam pro duabus centeſimis quæ ante obtinebant hac in ſpecie, dimidiam centeſimæ ſubſtituit. ſed poſtremo hoc quoque jus mutavit *d. l.* 2. *C. de uſuris rei judicatæ*, reſtituta centeſima, & definitis induciis quadrimeſtribus. adeo hanc *l.* 2. eſſe latam poſt *d. l.* 26. §. 1. ex utriuſque & ſubſcriptione, & tenore, intelligitur.

Illud quoque præteriri nolim, quod Juſtinianus *l. ult.* §. *ult. C. de jure dotium* conſtituit, extraneum qui pro muliere quam non habet in poteſtate, dotem promiſit, nec eam ſolvit intra biennium, deinde ad uſuras teneri; ſed non uſque ad ſemiſſes; ſed dumtaxat uſque ad tertiam centeſimæ partem. Item in *l. unic.* §. 7. *C. de rei uxoriæ actione* voluit, ut maritus, ſi ſuperſederit, res mobiles vel ſe moventes vel incorporales poſt annale tempus reſtituere, vel cæteras res ſtatim poſt diſſolutum matrimonium, æſtimationis omnium rerum quæ extra immobiles ſint, uſuras, uſque ad tertiam partem centeſimæ ex bona fide introducendas, præſtet.

Sed non tantum hæc quæ dixi, noviter conſtituit Juſtinianus: verum præterea vetuit *l.* 28. *C. de uſuris*, & *l.* 3. *C. de uſuris rei judicatæ*, uſuras uſurarum exigi, etiam in ſortem redactarum, ſive ſtipulatu, ſive judicato. Sed quia in anteceſſum de his egi c. XI. hujus libri, actum non agam.

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

DE

FOENORE ET USURIS,

LIBER TERTIUS.

Caput I.

Cauſas uſurarum duas videri, vel in obligatione, vel in officio Judicis. In obligatione eſſe quæ ex teſtamento debentur, aut ex conventione. Uſuras in ſtricti juris contractibus non ex pacto, ſed ex ſtipulatione, deberi. Quid, ſi uſuræ ex conſenſu præſtitæ ſint longo tempore? Complurium, & ſatis difficilium, locorum diligens & accurata interpretatio.

Abſolvi primam & ſecundam operis ſuſcepti partem. ſupereſt tertia, quibus ex cauſis uſuræ naſc. aut tolli videantur. ſed primum exponam cauſas ex quibus naſcantur uſuræ. eas cauſas biſariam dividit Papinianus *l.* 58. *D. Ad SCtum Trebellianum.* ait enim, uſuras vel *in obligatione*, vel *in officio Judicis*, eſſe. obligatio vero vel ex teſtamento proficiſcitur, vel ex conventione. Primum venit obligatio ex teſtamento. & recte. cum enim lex Duodecim Tabularum, quæ de teſtamentis cavit, jubeat, uti paterfamilias ſuper pecunia ſua legaſſit, ita jus eſſe; quid mirum, legatis uſuris, ex teſtamento, quaſi ex contractu, obligationem naſci? Sed hoc Ulpianus probat *l.* 3. §. *ult. D. de annuis legatis*, verbis ſequentibus. *Si cui certa quantitas legetur, & quoad præſtetur, in ſingulos annos certum aliquid, velut uſuras juſſerit teſtator præſtari, legatum valet: ſed in uſuris hactenus debet valere, quatenus modum probabilem uſurarum non excedit.* Teſtator Sejo certam legavit ſummam: & quoad præſtetur, in ſingulos annos certum aliquid præſtari juſſit. putat Ulpianus, legatum valere; perinde ac ſi teſtator uſuras Sejo præſtari juſſiſſet. utique, *quatenus modum probabilem uſurarum non excedit.* nam licet verbis legis Duodecim Tabularum his, *uti legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto*, latiſſima tribuatur poteſtas legandi: tamen, quod Pomponius obſervat, coangustata eſt & interpretatione legum, & auctoritate jura conſtituentium *l.* 120. *D. de verborum ſignificatione.* ita prorſus, ut nemo poſſit in teſtamento ſuo cavere, ne leges in eo locum habeant *l.* 55. *D. de legatis lib.* 1. Debentur igitur uſuræ primum obligatione ex teſtamento nata.

Deinde debentur ex conventione; ſed non omni. nam ut Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 14. ſcribit, *Si pactum nudum de præſtandis uſuris interpoſitum ſit, nullius eſt momenti.* & addit rationem: ea ratio eſt, *Ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non naſcitur.* uſuræ igitur ex nudo pacto non debentur, niſi naturaliter: ex ſtipulatione etiam civiliter debentur *l.* 5. §. 2. *D. de ſolutionibus.* Inde Antoninus Pius *l.* 1. *C. de uſuris* ait, *Si interrogatione præcedente*, (id eſt, ſtipulatione: ut in illo Senecæ *lib.* 3. *De beneficiis c.* 15. *Ille non eſt interrogatione contentus, niſi cum manu ſua tenuit*) *promiſſio uſurarum recte facta probetur optimo jure deberi.* ſcilicet, quia hoc caſu non retineri tantum, ſed & peti, poſſunt: cum illo, etſi retineri poſſint, tamen peti non poſſint. Atque hoc in cauſis ſtricti juris, puta, fœnebri pecunia, Severus & Antoninus reſcripſerunt *l.* 3. *C. eod. tit.* eo rectius: quia pacta, etiam in continenti adjecta contractui ſtricti juris, cum eum augent, ei non inſunt; neque actionem formant: licet, ſi detrahant, fere hoc jure utamur adverſus juris regulas, ut ex parte rei inſint; & ideo actionem ipſo jure tollant: ut ex *l.* 11. §. 1. *& l.* 40. *D. de rebus creditis*, aliiſque locis pridem plenius demonſtrabo ad Edictum de pactis. Sed res certa eſt: & clare Africanus *l.* 24. *D. de præſcriptis verbis* ſcribit, pecuniæ creditæ uſuras, niſi in ſtipulationem deductas, non deberi. Sed & Imp. Antoninus *l.* 7. *C. de uſuris* ait, creditorem inſtrumentis ſuis probare debere, uſuras ſe ſtipulatum; ſi poteſt. Quamquam. ſi id non ſit, & aliter probari poſſit, interrogatione præcedente, factam eſſe uſurarum promiſſionem, adhuc optimo jure debentur *l.* 1. *C. eod. tit.* res enim huc redit, utrum ſtipulatione promiſſæ ſint uſuræ, nec ne.

Uſque adeo, ut ſi ex conſenſu aliquando præſtitæ ſint, ob id non videatur obligatio in futurum conſtitui *d. l.* 7. *l.* 28. *C. de pactis*; quia, ut maxime ad pactionem proficiat ea

Digitized by Google

præſtatio; ad ſtipulationis tamen ſolemnitatem quam uſuræ deſiderant, non ſufficit. Nec hoc in uſuris tantum obtinet: ſed in operis quoque liberti. nam ut Modeſtinus *lib. 1. Regularum* ſcribit *l. 31. D. de operis libertorum. Operis non impoſitis manumiſſus, etiam ſi ex ſua voluntate aliquo tempore præſtiterit, compelli ad præſtandas, quas non promiſit, non poteſt.* Scilicet, quia libertus patrono operas demum debet; ſi eas jurejurando, aut ſtipulatione, promiſit *l. ult. D. de liberali cauſa. l. 3. l. 5. l. 7. D. de operis libertorum:* ac ſi aliquando eas ex ſua voluntate præſtitit; poteſt ea res patrono ad pacti probationem proficere; ſed ad jurisjurandi religionem, aut ſtipulationis ſolemnitatem, prodeſſe non poteſt.

Clara hæc & vera. Sed tenebras inducit Antoninus *l. 1. C. de fideicommiſſis*, verbis ſequentibus. *Si probaveris Demetrium petiiſſe de matre heredeque ſua, ut tibi alimenta menſtrua, & veſtiarium annuum præſtaret, eamque ſecutam voluntatem filii ſui per multum temporis, id eſt, non minus in tali cauſa triennio, ea præſtitiſſe, ut in futurum quoque ea præſtentur, & ſi qua in præteritum præſtita non ſunt, ut exolvantur, impetrabis.* Verum, ut intelligatur obſcuri ſenſus loci, primum finge inutile fideicommiſſum; quale proponitur *l. 2. C. eod. tit.* nam ſi utile putetur, quæ erit dubitandi aut definiendi ratio? quando alimenta, etiam numquam præſtita, ex utili fideicommiſſo debentur *l. 18. §. 1. D. de alimentis legatis.* deinde ſpeciem vide: ea ſpecies eſt. Demetrius matrem ſuam heredem inſtituit; eamque rogavit per fideicommiſſum, ut Sejo alimenta menſtrua, & veſtiarium annuum, præſtaret. mortuo Demetrio, inutile eſſe fideicommiſſum, apparuit. mater igitur Sejo nihil debebat. quamquam ultro ſecuta filii voluntatem, Sejo alimenta menſtrua, & veſtiarium annuum, ſolvit: fecitque id non ſemel, ſed per multum temporis: id eſt, ut lex ait, non minus triennio. deinde noluit ea præſtare. quæritur, an teneatur? ait Imperator, ſi probetur, Demetrium de matre petiiſſe, ut Sejo alimenta menſtrua, & veſtiarium annuum, præſtaret; eamque ſecutam filii voluntatem, ea præſtitiſſe per multum temporis, id eſt, non minus triennio: magis eſſe, ut in futurum teneatur mater, ea & ſi quæ in præteritum non ſint præſtita, exſolvere. Videtur igitur ad futuræ obligationis inductionem diuturna valere præſtatio. Sed ne hoc dicas. nam ſi inutile ſit fideicommiſſum; & heres id ſponte præſtitit per multum temporis, hoc eſt, per ſpatium non minus triennio: in futurum ad ejus præſtationem obligatur. nempe, quia ea præſtatione, tam frequente & conſtante, defuncti voluntatem approbaſſe videtur. quæ res ad confirmandum fideicommiſſum, id eſt, ad inducendam ex defuncti voluntate obligationem, ſufficit *l. 16. §. 1. C. de teſtamentis.* Idem ex Juſtiniani Conſtitutione eſt, ſi quis, tamquam emphyteuta, fundi domino longo tempore ſolvit reditum vel canonem. nam & hic ad ejus præſtationem tenetur *l. 20. C. de agricolis & cenſitis, lib. XI. tit. 47.* non aliam ob cauſam quam quod reditus ſolutione, tam crebra, in emphyteuſin domino conſenſiſſe intelligitur: nec plus ad ejus conſtitutionem deſideratur *l. 1. C. de jure emphyteutico. §. 3. Inſt. de locatione & conductione.* Sed non idem eſt, ſi uſura ſæpius præſtetur ex conſenſu. non enim inducitur ea re ſtipulatio quam uſuræ deſiderant. tantum prior adgnoſcitur conſenſus: qui ad uſurarum inductionem ante inutilis erat: nunc quoque inutilis manet; cum tantum nudum efficiat pactum ex quo nulla jure civili actio naſcitur. & ita eſt: frequens & diuturna uſuræ præſtatio, ut maxime proſit ad pacti probationem, tamen, quia ad ſtipulationis ſolemnitatem non ſufficit, in futurum obligationis neque cauſam, neque præſumptionem, parit: etſi varie putant eruditiſſimi homines.

Atqui pro his ſtat Papinianus *l. 6. D. de uſuris*, his verbis. *Cum de in rem verſo cum herede patris vel domini ageretur, & uſurarum quæſtio moveretur, Imperator Antoninus ideo ſolvendas uſuras judicavit, quod eas ipſe dominus vel pater longo tempore præſtitiſſet.* Non ita eſt: ſaltem factum conſidera. id factum tale eſt. Filius, vel ſervus, mutuam accepit pecuniam, eamque & ejus uſuras creditori promiſit per ſtipulationem. (ſic enim cenſeo, & ſequentia oſtendent) pater, aut dominus, uſuras longo tempore præſtitit. eo mortuo, creditor uſuras ab herede petit actione de in rem verſo. in quam conſtat venire uſuras; ſed (quod obſervandum) non alias, quam in ſtipulationem deductas *l. 10. §. 5. D. de in rem verſo.* præterea non negat heres, uſuras ſic a filio aut ſervo promiſſas eſſe; ſed (quod ex initio capitis intelligitur) negat, pecuniam ex qua uſuræ petuntur, in rem patris aut domini eſſe verſam: ideoque ſe eas, etſi a filio aut ſervo promiſſas, patris aut domini nomine debere: ſcilicet, quod non poſſunt uſuræ, niſi debitæ pecuniæ, promitti. ſic heres. at creditor? heredem fruſtra reſiſtere, ne uſuras ſolvat. non enim promiſſas modo a filio, aut ſervo, eſſe; ſed etiam a patre, aut domino, præſtitas: nec ſemel, ſed diu: neque hoc facturum videri; niſi ſciviſſet, pecuniam ex qua promiſſæ uſuræ eſſent, in rem ejus verſam eſſe. quem enim uſuras ſolvere, niſi debitæ pecuniæ? porro patrem, aut dominum, ſuo nomine non debuiſſe pecuniam, etſi filio, aut ſervo, creditam, præterquam in rem ſuam verſam. habes factum. Quod cum oblatum Antonino eſſet, judicavit, quod pater aut dominus in rem ſuam verſum eſſe, atque a ſe deberi, oſtendit, id ejus heredem in rem ejus verſum eſſe, atque ab eo deberi, negare non poſſe.

poſſe. patrem autem, aut dominum, etſi non verbis, tamen rebus, declaraſſe, in rem ſuam verſam, atque adeo a ſe debitam, eſſe pecuniam; cujus uſuras longo tempore præſtitiſſet. ſic Antoninus. Quid ni? an qui uſuras ſolviſſe probatur, is debitum inficiari poteſt? ſed placet quod apud Theophraſtum, *Ethicis charactéribus*, *cap. De diffidentia*, homo diffidens, *Ad debitores ſuos fœnus ſortis exacturus, cum teſtibus accedit, ne inficias videlicet ire poſſint.* Non igitur vult Papinianus, Imperatorem judicaſſe, uſuras quæ non probarentur promiſſæ, idcirco ſolvendas eſſe, quod a patre aut domino longo tempore eſſent præſtitæ; perinde quaſi earum cauſa ex diuturna præſtatione aut adquiratur, aut præſumatur: ſed, quod primus per nebulam vidit V. Cl. Franciſcus Duarenus, *ad tit. de uſuris c.* 2. cum liqueret, uſuras ſtipulatione promiſſas eſſe a filio, aut ſervo; & ambigeretur, an pecunia ex qua promiſſæ dicerentur, in rem patris aut domini verſa eſſet: Imperatorem judicaſſe, patrem, aut dominum, uſurarum ſolutione, atque ea longi temporis, pecuniam in rem ſuam verſam eſſe, ipſo facto declaraſſe; & ideo heredem ejus ad uſurarum quas defuncti filius aut ſervus promiſit, ſolutionem teneri. Is eſt ſenſus *d. l.* 6. idem clarior futurus, addita ſpecie §. 1. ejuſdem loci. verba ejus §. *Imperator quoque noſter Severus filiæ Flavii Athenagoræ, cujus bona fuerant publicata, de fiſco ideo numerari decies centena dotis nomine juſſit, quod ea patrem præſtitiſſe dotis uſuras allegaſſet.* ſpecies eſt. Flavius Athenagoras pro filia ſua, ritu antiquo, cujus meminit Juvenalis, *Sat.* x. *verſ.* 335. decies centena (id eſt, decies centena millia ſeſtertiorum nummorum; ut Antonius Auguſtinus obſervat *lib.* 2. *Emend. c.* 6.) dotis nomine promiſit. is Athenagoras eam dotem non ſolvit: ſed interim uſuras ejus præſtitit pro filiæ exhibitione. (quod & factum *l.* 60. §. 3. *D. Mandati vel contra*, & *l.* 98. *D. de adquirenda hereditate*) deinde commiſſo ab Athenagora delicto, bona ejus publicata ſunt. filia a fiſco petit dotem, a patre promiſſam: cauſa ea, quod fiſcus patri ſucceſſit, & hoc nomine ejus creditoribus tenetur. quia, ut commode Quintilianus, *Declam.* 273. *Patrimonii in alium tranſituri ea ratio eſt, ut primum credito ſatisfiat.* neque id negat fiſcus; ſed dotem filiæ a patre eſſe conſtitutam. illa contra oſtendit, patrem ſibi dotis uſuras præſtitiſſe, neque id facturum fuiſſe, non conſtituta dote. ait Papinianus, Imp. Severum juſſiſſe, filiæ Flavii Athenagoræ de fiſco ideo decies centena dotis nomine numerari; quod ea patrem dotis uſuras præſtitiſſe allegaſſet. judicavit igitur Imperator, patrem, quum dotis uſuras præſtitit, dotem a ſe promiſſam eſſe, ipſa re declaraſſe. ſicut pater intelligitur, pecuniam quæ filio credita ſit, in rem ſuam verſam eſſe, oſtendiſſe eo, quod ejus uſuras creditori ſolvit.

Caput II.

Uſuras in ſtricti juris contractibus aliquando ex nudo pacto deberi: & quando? Scævola reſtitutus l. 7. D. de nautico fœnore. difficultas ſublata ex l. 41. §. 2. D. de uſuris, quam fruſtra tollere tentavit Salmaſius.

Sed apparet, uſuras Jure Civili non nudo pacto, ſed ſtipulatione, conſtitui. nec tamen inficior, (quod & Imperator Juſtinianus *Novell.* 136. *c.* 4. notat) eſſe caſus quibus ſingulari ratione placuit, uſuras etiam ex nudo pacto deberi. Indulſit autem is Imperator hoc argentariis, ſi mutuum dederint, & uſuras non ſtipulati, ſed pacti, ſint *d. c.* 4. præfatus, quod *Qui omnibus propemodum indigentibus opem ferre parati ſunt, hos utique per hujuſmodi minutias injuriam perpeti, juſtum non fuerit.* Et de hoc caſu accipit Salmaſius, *De uſuris c.* 6. *pag.* 126. hæc Modeſtini verba ex *l.* 41. §. 2. *D. de uſuris. Ab Aulo Agerio Gajus Sejus mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo:* Ille ſcripſit, me accepiſſe, & accepi ab illo mutuos & numeratos decem: quos ei reddam Kalendis illis proximis cum ſuis uſuris placitis inter nos. *Quæro, an ex eo inſtrumento uſuræ peti poſſint, & quæ? Modeſtinus reſpondit, ſi non appareat, de quibus uſuris conventio facta ſit, peti eas non poſſe.* Sed mihi Salmaſii interpretatio diſplicet. ut enim uſura argentariis ex nudo pacto debeatur, primum a Juſtiniano introductum eſt *d. Novell.* 136. *c.* 4. nec a Modeſtino doceri potuit: quia ejus tempore nondum jus fuit; nec potuit is ſomniare, aliquando fore, ut a Juſtiniano reciperetur. Magis ſuſpicer, in *d. l.* 41. §. 2. ſubjectam nudæ pactioni fuiſſe ſtipulationem; (ſic enim ſolet fieri *l.* 7. §. 12. *D. de pactis*) ſed hanc non apparere; quia a conſultore integra non editur cautio, tantum quod non eſſet integra opus: cum non hæc ei quæſtio eſſet, an uſuræ in ſtricti juris contractu ex pacto deberentur: ſed an deberentur ex formula qua convenerat, *ut deberentur uſuræ placitæ inter nos*; nec appareret, de quibus uſuris conveniſſet. non autem novum eſt, ut in propoſitis caſibus a conſultoribus inſtrumenta non integra recitentur: ſed pro parte quæ faciat ad præſentem quæſtionem.

Simile privilegium videtur datum civitatibus. nam etiam his ex nudo pacto deberi uſuras creditarum ab eis pecuniarum, Paulus, *lib. ſingul. Regularum*, auctor eſt *l.* 30. *D. de uſuris.* & hoc privilegum eſſe, obſervat Scholiaſtes *Baſilic. lib.* 23. *tit.* 3. *tom.* 3. *pag.* 440. *lit. C.*

 Si-

Simile jus eſt frumenti vel hordei mutuo dati *l.* 12. *C. d. t.* Etiam fœnoris nautiei: de quo ita Scævola *l.* 7. *D. de nautico fænore. In quibuſdam contractibus etiam uſuræ debentur, quemadmodum per ſtipulationem. nam ſi dedero decem trajectitia, ut ſalva nave ſortem cum certis uſuris recipiam, dicendum eſt, poſſe me ſortem cum uſuris recipere.* Sic habent omnes libri: ſed deſunt verba, *ex pacto.* adjice, & lege, *In quibuſdum contractibus etiam ex pacto uſuræ debentur, quemadmodum per ſtipulationem.* ſenſus eſt, uſuras in quibuſdam contractibus æque ex pacto, atque ex ſtipulatione, deberi. & exemplum Paulo in pecunia trajectitia: id exemplum eſt, *ſi dedero decem trajectitia, ut ſalva nave ſortem cum certis uſuris recipiam:* id eſt, ſi dedero decem trajectitia, & pactus ſim, ut ſalva nave, ſortem cum certis uſuris recipiam: dicendum eſt, poſſe ſic ſortem cum certis uſuris recipere.

Atque hoc poſtquam in trajectitia pecunia placuit: deinde obtinuit quoque in cæteris quæ ad inſtar trajectitiæ pecuniæ haberi, ſupra dixi ex Scævola *l.* 5. *pr.* & §. 1. *D. de nautico fænore.*

Expoſui caſus in quibus uſuræ in contractibus ſtricti juris etiam ex nudo pacto petantur. qui tamen quia ſingulari ratione ſunt recepti: apparet, uſuras in reliquis non ex pacto, ſed ex ſtipulatu, peti.

CAPUT III.

Uſuris in ſtipulationem deductis ſine certo modo, civili jure nullas deberi: niſi argentariis quibus nova Juſtiniani Conſtitutione beſſes eo in caſu debentur. ſpecies & ſenſus Ulpiani l. 34. D de regulis juris. Modeſtinus expeditus l. 41. §. 2. D. de uſuris, & Ulpianus l. 31. D. eod. tit.

At neque hoc ſufficit, uſuras in ſtipulationem deduci: niſi præterea certus earum modus exprimatur. qui ſi non ſit additus: Jure Civili non ex more regionis, ubi contractum eſt, finitur: ſed inutilis habetur ſtipulatio. Atqui in bonæ fidei judiciis uſuræ, ſi officio Judicis debeantur, reguntur more qui in regione frequentatur. fateor: ſed non ex regula juris: ſed quia in his ſic a Principibus conſtitutum eſt: ut ex *l.* 37. *D. de uſuris*, & *l.* 12. §. 9. *D. Mandati vel contra*, oſtendi *lib.* II. *cap.* V. & *lib.* III. *cap.* VI. at in uſurarum ſtipulatione nihil tale. igitur ſi ſine fine promiſſæ ſint; non ex more regionis finientur, ceſſante Conſtitutione: ſed ex regulis juris non valebit ſtipulatio, quaſi incerta uſura in eam deducta ſit. quemadmodum, ſi quis, quod pondere, numero, aut menſura, contineatur, ſine adjectione ponderis, numeri, aut menſuræ, ſtipulatus ſit, vel inſulam ædificari, non demonſtrato loco, vel fundum dari, non adjecto nomine; ait Papinianus, imperfectam eſſe ſtipulationem *l.* 115. *D. de verborum obligationibus.*

Nec eſt, quod turbet quem Ulpianus *l.* 34. *D. de regulis juris.* verba Ulpiani. *Semper in ſtipulationibus, & in cæteris contractibus id ſequimur, quod actum eſt, aut ſi non pareat, quid actum eſt, erit conſequens, ut id ſequamur, quod in regione, in qua actum eſt, frequentatur. Quid ergo, ſi neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id quod minimum eſt, redigenda ſumma eſt.* Eſt enim ea lex ex Ulpiani libro 45. Ad Sabinum: ex quo cum ſint quoque *l.* 4. *D. de fidejuſſoribus*, & *l.* 4. *D. de negotiis geſtis, cum ſimilibus*; probabile mihi ſit, eam ad fidejuſſores reſpicere: de quibus eo libro egit Ulpianus. poſſit autem thema peti ex emptione & venditione. in qua cum fidejuſſorem pro evictione dari placuiſſet vel ſtipulatione, vel pacto, emptioni in continenti adjecto: (ut fere apud Papinianum *l.* 72. *D. de contrahenda emptione*, & Ulpianum *l.* 37. *D. de evictionibus*) videtur quæſitum eſſe, ad quid fidejuſſorem obligari conveniret. in ea autem quæſtione primum ait Ulpianus *d. l.* 34, ſemper in ſtipulationibus & cæteris contractibus ſequendum eſſe quod actum ſit. veriſſime: atque ideo, ſi vendendo actum ſit; ut ſimpla promittatur, ex empto agi poteſt: etiam, ut ſatiſdet qui duplam promittit; modo, ſi id quoque convenerit *l.* 56. *D. de evictionibus. d. l.* 37. (de quo diligentius ad *Titulum D. de evictionibus.*) Quid, ſi non appareat, quid actum ſit? porro ait Ulpianus *d. l.* 34, ſequendum eſſe, quod in regione in qua actum eſt, frequentatur. nec aliter Gajus *l.* 6. *D. de evictionibus.* verba Gaji, *Si fundus venierit, ex conſuetudine ejus regionis in qua negotium geſtum eſt, pro evictione caveri oportet.* ſed & ipſe Ulpianus *l.* 31. §. 20. *D. de Aedilitio edicto, Quia*, inquit, *aſſidua eſt duplæ ſtipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi poſſe, ſi duplam venditor mancipii non caveat: ea enim quæ ſunt moris & conſuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire.* Quid ergo, ſi neque regionis mos appareat, quia varius fuit? poſtremo ait Ulpianus *d. l.* 34, ad id quod minimum eſt, redigendam ſummam. igitur, quæ Javoleni ſententia videtur *l.* 60. *D. de evictionibus*, ſaltem ſimpla promittetur.

Sed quemadmodum ea Ulpiani definitio in ſuperiore procedit ſpecie: ita ad uſuras ſtipulatione ſine expreſſione quantitatis promiſſas, porrigenda non eſt. de his enim non cogitavit Ulpianus. & contra Modeſtinus, amplius etiam Ulpianus, reſpondit. intererit, utriuſque verba recenſere: quia, ut mihi videtur,

de-

decretoria ſunt. ſed primum Modeſtini verba adſcribam. ea verba ſunt ex *l. 41. §. 2. D. de uſuris. Gajus Sejus mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo.* Ille ſcripſit, me accepiſſe, & accepi ab illo mutuos & numeratos decem: quos ei reddam Kalendis illis proximis cum ſuis uſuris placitis inter nos. *Quæro, an ex eo inſtrumento uſuræ peti poſſint, & quæ? Modeſtinus reſpondit, ſi non appareat, de quibus uſuris conventio facta ſit, peti eas non poſſe.* Formula conventionis præfert promiſſionem creditæ quantitatis *cum ſuis uſuris placitis inter nos.* eæ uſuræ ſunt, ſuæ creditæ quantitati ex noſtro, qui contraximus, placito; ſive, ſunt uſuræ, mutuæ & numeratæ pecuniæ propriæ ac competentes eo, quod inter nos pro ejus uſu placitæ, ſive conventæ, ſunt. quæ uſuræ, ſine fine placitæ, ſi peti nequeunt, auctore Modeſtino; probatum eſt, uſuras infinitas, in conventionem deductas, non ex more regionis finiri, ſed nullas deberi.

At quod Modeſtino, hoc & Ulpiano, viſum *l. 31. D. eod. tit.* cum ſic ſcribit, *Quod in ſtipulatione ſic adjectum eſt*, & uſuras ſi quæ competierint, *nullius eſſe momenti, ſi modus certus non adjiciatur.* Certa Ulpiani ratio eſt. Niſi agit de uſuris, non futuris, ſed præteritis. Sed hoc ne dixeris. quæ enim neceſſitas jubet, ea verba de præteritis, & non futuris, uſuris exaudiri? imo quid ni ejus ſtipulationis, *& uſuras, ſi quæ competierint*, ſenſus ſit, *& uſuras quæ ex mora creditæ pecuniæ competent?* atque ita Græci ea verba acceperunt, *Baſilic. lib. 23. tit. 3. tom. 3. pag. 441. Scholio lit. D.* verba *Scholii. Si quis ita ſtipulatus ſit, ſpondes te mihi redditurum pecuniam tibi a me creditam & uſuras competentes: inutiliter ſtipulari videtur, ſi indefinite eas ſtipuletur. debuerat enim certum modum eis imponere, & exprimere quadrantes aut ſemiſſes.* ſic Græci. quod ſi placet: dicam *competierint* in Ulpiani themate accipi pro *competent:* uſitata temporis mutatione. quam Servius obſervat in illo Virgilii *lib. 4. Æneid. verſ. 540.*

– – – Proh Juppiter, ibit
Hic, ait, & noſtris illuſerit advena regnis.

Servius ad verba, *ibit & illuſerit*, ſic notat, *ibit & illudet, tempus pro tempore.* Similiter apud Juvenalem, *ſat. 3. verſ. 78.*

Græculus eſuriens in cœlum, juſſeris, ibit.

quod eſt, ſi jubebis, ibit. Non igitur de præteritis uſuris Ulpianum intelliges; ſed de futuris. Quamquam, ſi demus, eum ad præteritas reſpicere: tamen quoad ſummam rei, nihil efferis. Utique enim teſtatur Ulpianus, ſi ſtipulationi non apponatur certus uſurarum modus, non valere ſtipulationem. ſcilicet, quia verum eſt, incertas uſuras in ſtipulationem veniſſe. Sed ſalva res eſt, conſiderantibus, in ſpecie qua de agimus, unam eſſe exceptionem: quam in gratiam argentariorum fecit Imp. Juſtinianus *Novell. 136. c. 5.* nam ſi hi, credita alicui pecunia, uſuras pacti ſint; nec in pactione earum modum expreſſerint: voluit Imperator, non idcirco ſterilem eſſe pecuniam, quod finitæ non ſint uſuræ: ſed perinde haberi, quaſi uſuræ beſſes ex novo argentariorum jure & more in conventionem deductæ ſint. quæ exceptio non fuiſſet neceſſaria; ſi idem quod illa vult, juris regula conſtituiſſet. nunc quia hæc pro inutili habet ſtipulationem in qua promiſſæ ſunt uſuræ incertæ atque infinitæ, idcirco neceſſe fuit, argentarios ab ea excipi. Imperatoris verba ſi quis conſiderare velit, appoſui. ea verba ſunt, *Uſuræ ſane ſiquidem certas pepigerint, pactæ præſtentur. Si vero duntaxat ſcriptum fuit, quod fœneratitium creditum extiterit: nequeant contrahentes dicere, quod ex quo uſuræ finitæ non ſunt, propterea & debitum ſterile haberi debeat, ſed ex præſumptione ita celebretur exactio, quaſi beſſes uſuræ expreſſis verbis nominatæ ſint.* & reliqua.

Caput IV.

Uſuras ſtipulatione promiſſas, ſi pecunia ſua die non ſolvatur, *poſt diem ſine interpellatione deberi. & quid, ſi debitori nil imputari poſſit? item utrum uſuræ, ſtipulatione promiſſæ, tantum ex mora, an etiam ante, debeantur? Paulo lux accenſa in l. 40. D. de rebus creditis, & l. 17. D. de uſuris.*

Poſſit quoque hoc ad intelligendam ſtipulationis vim referri, quod, ſi ea ſic interpoſita ſit; ut, ſi pecunia ſua die non ſolvatur, ejus uſuræ præſtentur: non utique, ut eæ debeantur, exſpectandum eſt, donec debitor interpelletur: verum ſtipulatio, etiam ſine interpellatione, committitur. quippe, cum id conveniat rationi ſtipulationis in diem: quæ committitur, veniente die; etſi nulla perſonæ interpellatio ſubſequatur *l. 12. C. de contrahenda ſtipulatione:* maxime, ſi debitori imputari poſſit, cur non ſolverit. nam ſi id non ſit, aliter dicendum eſt. finge, poſt mortem creditoris neminem eſſe cui pecunia ſolvatur: humanitas volet, inculpatam ejus temporis moram eſſe: ac debitorem, ſi conveniatur, quamquam recte, quo ad juris ſubtilitatem, tamen doli mali exceptione defendi *l. 6. §. 1. D. de uſuris.*

Sed nec illud prætereundum, quod uſuræ quæ ſtipulatione debentur, non ſolent propter lucrum petentium, ſed propter moram ſolventium, infligi: niſi ſi ſpecialiter convenerit, eas deberi ex die ſtipulationis.

Univerſa hæc Paulus indigitat *l. 40. D. de rebus creditis*; de qua quia varia ſunt doctiſſimo-

morum hominum judicia, & ipſa hujus loci eſt, quid mihi videatur, paucis exponam. verba Pauli ſunt. *Lecta eſt in auditorio Æmilii Papiniani, Præfecti prætorio, Juriſconſulti, cautio hujuſmodi. Lucius Titius ſcripſi me accepiſſe a Publio Mævio quindecim mutua numerata mihi de domo:* (a) *hæc quindecim proba recte dari calendis futuris ſtipulatus eſt Publius Mævius, ſpopondi ego Lucius Titius. Si* (b) *die ſupraſcripta ſumma Publio Mævio eive ad quem ea res pertinebit, data, ſoluta, ſatisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius quo poſt ſolvam, pœnæ nomine in dies triginta, inque* (c) *denarios centenos, denarios ſingulos dari ſtipulatus eſt Publius Mævius, ſpopondi ego Lucius Titius. Convenitque inter nos, uti pro* (d) *Mævio ex ſumma ſupraſcripta menſtruos refundere debeam denarios trecenos ex omni ſumma ei, heredive ejus. Quæſitum eſt de obligatione uſurarum: quoniam numerus* (e) *menſium qui ſolutioni competebat, tranſierat. dicebam, quia pacta in continenti facta ſtipulationi ineſſe creduntur, perinde eſſe ac ſi per ſingulos menſes certam pecuniam ſtipulatus, quoad tardius ſoluta eſſet, uſuras adjeciſſet. igitur finito primo menſe primæ penſionis uſuras currere: & ſimiliter poſt ſecundum & tertium tractum uſuras non ſolutæ pecuniæ penſionis creſcere. nec ante ſortis non ſolutæ uſuras peti poſſe, quam ipſa ſors peti potuerat. Pactum autem quod ſubjectum eſt, quidam dicebant* (f) *ad ſortis ſolutionem tantum pertinere, non etiam ad uſurarum quæ priore parte ſimpliciter in ſtipulationem veniſſent: pactumque id tantum ad exceptionem prodeſſe. & ideo non ſoluta pecunia ſtatutis penſionibus, ex die ſtipulationis uſuras deberi, atque ſi id nominatim eſſet expreſſum. Sed cum ſortis petitio dilata ſit, conſequens eſt, ut etiam uſuræ ex eo tempore quo moram fecit, accedant. & ſi, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodeſſet pactum, quamvis ſententia diverſa obtinuerit, tamen uſurarum obligatio ipſo jure non* (g) *committetur: non enim in mora eſt is a quo pecunia propter exceptionem peti non poteſt.* (h) *Sed* [*ſi*] *quantitatem quæ medio tempore colligitur, ſtipulamur, cum conditio exſtiterit, ſicut eſt in fructibus, idem & in uſuris poteſt exprimi: ut ad diem non ſoluta pecunia, quo* (i) *competit uſurarum nomine, ex die interpoſitæ ſtipulationis præſtetur.* Sic Florentiæ edit Taurellius: nec valde improbo. unum ſaltem notandum, quod cum Publius Mævius dicatur Lucio Titio *mutua dediſſe quindecim*, in ſequentibus autem ſumma credita dividatur *in menſtruos trecenos denarios*, fere placet mihi quod Gloſſæ, *poſteriore loco*, & poſt eam Jacobo Cujacio, *ad lib.* 3. *Quæſtionum Pauli*, in explicatione *d. l.* 40. pro *quindecim* legere, *quindecim millia denariorum.* niſi malis, *quindecim millia ſeſtertiorum*, vel *quindecim ſeſtertia.* quod viſum Andreæ Alciato *lib.* 3. *Diſpunct. c.* 2. Franciſco Duareno, *ad tit. C. Si certum petatur, c.* 5. *pag.* 886. & Didaco Couvarruviæ, *De libr. aur. vel arg. exam. c.* 4. neque inepte, neque magno molimine: ſi ſcribatur, XV. HS. vel $\overline{XV}$. HS. etſi, quia Paulus in ſequentibus verbis non *ſeſtertiorum*; ſed *denariorum*, meminit, longe probabilior mihi ſit conjectura legentium, *quindecim millia denariorum:* eſtque facilis ea mutatio: ſi putemus, ſcriptum fuiſſe ad hanc formam X. $\overline{XV}$. *mutua.* ſic enim in veteribus Inſcriptionibus, quarum exempla alibi poſui, & denarii & numeri millenarii notantur. mitto quod, apud P. Diaconum *De Notis literarum*, X. exponitur *Denarius.* ſed & Valerius Probus, *lib. De notis Romanorum, c. de notis numerorum*, ſic ſcribit, *Et ſciendum, quod quælibet figura, ſi ei jacens recta linea ſupra ducatur, tot ſignificabit millenarios, quot per ſe ſignificat unitates, ut* Ī. *Mille unitates, ideſt mille ſignificat.* $\overline{V}$. *quinque millia.* & reliqua. Igitur Publius Mævius Lucio Titio mutua dedit X-$\overline{XV}$. id eſt, denariorum quindecim millia, ei numerata de domo. is Mævius ſtipulatus eſt hæc $\overline{XV}$. id eſt, quindecim millia, proba recte dari futuris Kalendis: & ſi ea die ſupra ſcripta ſumma ei ſoluta, ſatisve eo nomine factum, non erit, tunc, ſive exinde, eo amplius quo poſt ſolvetur (ſic loquitur cautio, extatque ea locutio ſimiliter *l.* 126. §. 2. *D. de verborum obligationibus*; ac valet, quo tardius ſolvetur, ſive, ex mora, ut ex ſequentibus apparet) pœnæ nomine (id eſt, uſuræ nomine: ut ſæpe) ſtipulatus eſt in dies triginta, inque denarios centenos, denarios ſingulos, id eſt, uſuras centeſimas: ut ſupra oſtendi. Deinde poſt eam ſtipulationem in continenti convenit inter P. Mævium & L. Titium, ut hic P. Mævio futuris Kalendis non tota ſolveret quindecim millia; quod ſtipulatione fuerat comprehenſum: ſed ut ſingulis menſibus ex ea ſumma ei refunderet trecenos denarios. Non ſoluta ſorte intra numerum menſium qui ſolutioni competebat: quæſitum fuit in auditorio Aemilii Papiniani, Præfecti prætorio, aſſidente ei in Conſilio inter alios Paulo, an P. Mævio totius ſortis uſuræ ex primis Kalendis deberentur? ac fuit, qui cenſeret. movebat eum, quod L. Titius P. Mævio totius ſortis, uſurarumque ejus, ſolutionem proximis Kalendis ſtipulanti promiſit: eamque ſolutionem ea die ei non fecit. putabat igitur, uſuras totius ſortis P. Mævio deberi ex primis Kalendis: quibus ei promiſſæ, ſed non ſolutæ, eſſent. nec refragari pactum, ſtipulationem in continenti ſubſecutum. primum, quia eo conventum fuit de ſorte in menſtruas penſiones dividenda: ſed de uſuris nihil conventum fuit. videbatur igitur, quoad uſuras, integra eſſe ſtipulatio: a qua pacto receſſum non erat. ma-

(a) al. *ſua.* (b) al. *ea die.* (c) al. *dies* 25. *in.* (d) al. *Publio.* (e) al. *menſium.* (f) al. *dicebat.* (g) al. *committeretur.* (h) al. *ſed &c.* (i) al. *quod.*

maxime, cum non conveniret rationi, pactum fieri de re una, & ad aliam extendi *l.* 27. §. 4. *D. de pactis.* altera cauſa erat, quod hoc pactum poſſet L. Titio quidem prodeſſe ad exceptionem; ſed ipſo jure prodeſſe non poſſet: propterea quod non pateretur regula juris, pactum ſtipulationi, id eſt, ſtricti juris contractui, ineſſe; atque ideo hoc nudum, id eſt, inutile, haberi oporteret: niſi quatenus jus prætorium intercederet, objecta exceptione. ſic ille. At contra viſum Paulo, ſortis, non ſolutæ, uſuras non ante poſſe peti a P. Mævio, quam ipſa ſors peti potuerit. proinde uſuras quidem ex Kalendis primis deberi, at non totius ſortis, ſed primæ, non ſolutæ, penſionis; poſt ſecundas autem Kalendas etiam ſecundæ, poſt tertias vero & tertiæ, uſuras creſcere. atque hoc ut ſentiret Paulus, eum impulit in primis, quod pacta in continenti facta, utique ſi detrahant ſtipulationi, ei ineſſe creduntur: & ideo hic perinde eſt, ac ſi P. Mævius per ſingulos menſes certam ſtipulatus pecuniam, quoad tardius ſoluta eſſet, uſuras adjeciſſet. ita, ſi non eſſet pactum in continenti appoſitum ſtipulationi, potuiſſet P. Mævius Kalendis primis totam ſortem, & totius uſuras, ex ſtipulatu petere. at pacto in continenti ſubſecuto, & hoc ſorte in menſtruas penſiones diſtributa, non potuit quidem integram ſortem petere primis Kalendis: ſed debuit ſingulis menſibus petere trecenos denarios. in tantum; ut, ſi contra facere ſuſtineret, a reo non exceptione, ſed ipſo jure, removeri poſſet: quia placet, eam exceptionem actioni ex ſtipulatu ineſſe, inque ea, etſi apud Prætorem in jure non eſſet oppoſita, neque ab eo formulæ nominatim inſerta, tamen Judicis officio contineri. quod ſi vero tota ſors primis Kalendis ita, uti ſtipulatione convenit; non poſſet ipſo jure peti: apparet, ſi his tota non ſolveretur; nec totius uſuras peti potuiſſe. quia, ubi ſortis petitio non eſt, ibi nec uſurarum petitioni locus eſt *l.* 69. §. 2. *l.* 77. *D. de jure dotium.* imo cum poſt ſtipulationem integræ ſortis; cum uſuris ſolvendæ primis Kalendis, in continenti convenerit, ut L. Titius P. Mævio ex univerſa ſorte ſingulis menſibus ſolveret trecenos denarios, & hæc pactio ſtipulationi ineſſe, & ei novam formam dare, credatur; perinde haberi debet, ac ſi P. Mævius ab initio in ſingulos menſes ſtipulatus eſſet trecenos denarios, & quo tardius ſolverentur, uſuras centeſimas. quia enim ſtipulatione placuit, uſuras ex mora præſtari; apparet, eas ex ſtipulatu peti poſſe, commiſſa mora. cæterum quando ea commiſſa ſit, non ex ſtipulatione deſumi debet: ſed ex pactione ei in continenti ſubjecta. quam ſtipulationi ineſſe, atque eam transfigurare, ante dixi. At enim pactum de ſorte, non de uſuris, loquitur; ut e diverſo dictum fuit. Sed hoc; ſi Paulum audimus, non pugnat. nam, cum pactum ſortis ſtipulationi ineſt ipſo jure, etiam vis ejus ad uſuras pertingit. quia ſi tota ſors ex pacto prohibetur peti ante conſtitutum tempus; non poteſt fieri, ut uſuræ ſortis debeantur ante, quam ſors peti poſſit; utique cum actum proponatur, ut uſuræ, niſi ex mora, non debeantur, convincentibus his ſtipulationis verbis, *tunc eo amplius quo poſt ſolvam:* quibus moram ſignificari, ſupra dixi. igitur ſiquidem actum eſt inter P. Mævium & L. Titium, ut non alias, quam ex mora, debeantur uſuræ; neque in mora eſt, a quo peti nequit: apparet, ſortis petitione ex pacto contrahentium dilata, conſequens eſſe eorum ſententiæ, ut uſuræ quoque quæ ob moram præſtandæ ſint, debeantur non ex die ſtipulationis, ſed moræ cujuſque penſionis, ſuo tempore non ſolutæ. Verum pactum quo de agitur, L. Titio tantum prodeſt ad exceptionem. Sed neque hæc objectio Paulum de gradu dejicit. primum, quia diverſa obtinuit ſententia. deinde ut vera foret objectio, tamen ad rem non pertineret: ſiquidem uſuræ, pacto dilata ſortis ſolutione, non poſſunt currere, non commiſſa mora: quia, ut dixi, P. Mævio vi hujus ſtipulationis non debentur, niſi ex mora: quæ nulla eſt, ubi non eſt ſortis petitio *l.* 127. *D. de verborum obligationibus.* illa autem non eſt hac in ſpecie: quia cum effectu non eſt. ut enim ponamus, eſſe; adhuc poteſt pacti exceptione elidi. at nihil intereſt, utrum ipſo jure non ſit actio; an ſit, ſed exceptione infirmetur *l.* 112. *D. de regulis juris.* ergo ſi non intelligitur mora fieri in ſolvenda ſorte quæ ob exceptionem peti nequeat, ſaltem cum effectu; ut fatetur ille a quo diſcedit Paulus: ſequitur, non ſoluta ſuo tempore pecunia, uſuras deberi, ſed non totius ſortis ex die ſtipulationis; ſed cujuſque penſionis ex die moræ, in unaquaque commiſſæ. Nec tamen negandum eſt, potuiſſe etiam ab initio conveniri; ut debitor, ſi in ſolvendis penſionibus ceſſaret, uſuras ex die ſtipulationis deberet: nam & de fructibus quorum imaginem ferunt uſuræ, ſic agi poteſt: ut fatetur Paulus *ad fin. h. l.* Sed in propoſita ſpecie id actum non eſt. valde autem probo, (quod notant Græci *lib.* 23. *Baſilic. tit.* 1. *pag.* 309. *& ſeq. tom.* 3. *ſcholio ad d. l.* 40.) ut uſuræ ſtatim currant ex die contractus, debere in contrahendo ſpecialiter exprimi. atque ita accipio hoc Ambroſii, *lib. De Tobia c.* 12. *Pecunia fœnebris a die initæ conventionis creſcentibus ſerpit uſuris.* Sequens quoque ex Baſilio, *Homil. in Pſal.* 14. *pag.* 139. *tom.* 1. *Semina omnia ſuo tempore naſcuntur, animalia quoque tempore præſtituto ſuos edunt fœtus. Fœnus vero hodie naſcitur, hodie incipit.*

Sed & hoc quia difficultatem recipit ex inſigni Pauli loco qui eſt in *l.* 17. *D. de uſuris*, etiam quid de eo mihi videatur, breviter ſubjiciam. verba Pauli. *Cum quidam caviſſet, ſe quotannis quincunces uſuras præſtaturum: &*

ſi quo anno non ſolviſſet, tunc totius pecuniæ ex die qua mutuatus eſt, ſemiſſes ſoluturum; & redditis per aliquot annos uſuris, mox ſtipulatio commiſſa eſſet: Divus Marcus Fortunato ita reſcripſit. Præſidem provinciæ adi, qui ſtipulationem, de cujus iniquitate queſtus es, ad modum juſtæ exactionis rediget. Hæc conſtitutio adfinitum modum excedit. Quid ergo? ſic temperanda res eſt, ut in futurum duntaxat ex die ceſſationis creſcat uſura. Fortunatus (nam ad hunc reſcriptum eſt) a creditore mutuam accepit pecuniam; & cavit, id eſt, ſtipulatione promiſit, ſe quotannis ei præſtiturum quincunces uſuras; &, ſi quo anno non ſolviſſet, tunc ſoluturum ſe totius pecuniæ ſemiſſes ex die qua mutuatus eſſet. is Fortunatus, cum uſuras per aliquot annos ſolviſſet: deinde ceſſavit. creditor petit totius pecuniæ ſemiſſes, non ex die moræ; ſed ex die contractus: ſicut ſtipulatione erat comprehenſum. ea res cum dura videretur Fortunato; queſtus eſt de ejus iniquitate apud Imp. Marcum. is Imperator ſic reſcripſit. *Præſidem provinciæ adi, qui ſtipulationem de cujus iniquitate queſtus es, ad modum juſtæ exactionis rediget.* ſic Imperator. At Paulus? ait, *Hæc conſtitutio adfinitum modum excedit.* ita Florentiæ legitur. in aliis libris eſt, *ad infinitum modum.* ſed ſervanda Florentina lectio. ſenſus autem; Hæc D. Marci Conſtitutio excedit modum, cautione adfinitum: ſive hæc Conſtitutio Judicem, de cautione judicaturum, non adſtringit ad obſervationem modi, ea adfiniti: ſed ei permittit, juris rigorem aliqua æquitate attemperare. Igitur eo Reſcripto fit Præſidi circa cautionem poteſtas quam ante non habebat. nam, cum prius teneretur ſervare cautionis modum; in quo nihil erat quod regulis juris improbaretur: contra poteſt nunc ab hoc recedere; volente Principe, eum non jus, ſed æquitatem, ſequi. quo pacto? non definit Conſtitutio; ſed Paulus. verba Pauli: *Quid ergo? ſic temperanda res erit, ut in futurum duntaxat ex die ceſſationis creſcat uſura.* Paulus rem ſic interpretatur, ut uſurarum ſemiſſium ſtipulatio ex die ceſſationis quidem in futurum, non autem in præteritum, committatur. ſic Paulus. & probo: non enim peccatum fuit in ſolutis, ſed in ſolvendis, uſuris: & viſum Imperatori fuit iniquum, moram coërceri, ubi mora non fuit. At enim ſemper licuit creditori, minoribus uſuris ad diem non ſolutis, majores uſuras ſtipulari *l. 9. §. 1. D. de uſuris.* Sic eſt: ſed in futurum. tum enim peccatur. amplius licuit, eas in præteritum ſtipulari coërcendi in futurum debitoris gratia. ſed hoc, cum durius videretur, D. Marci Reſcripto inhibetur. Animadvertit id Scholiaſtes Græcus; cum ad *d. l. 17. lit. C. Baſilic. lib. 23. tit. 3. tom. 3. pag. 425. Nota*, inquit, *rem novam.* Optime. nam quod D. Marcus conſtituit, ante non obtinuit. neque potuiſſet ei aut Juriſconſultus dare, aut Præſes provinciæ: niſi D. Marcus juris rigorem, ut alibi, ſic hic, Imperatoria benignitate laxaſſet.

Supereſt, ut videamus, an porrigenda ea Conſtitutio ſit a ſpecie *d. l.* 17. ad eam quam attingit finis *d. l. 40. D. de rebus creditis.* Sed non puto: eſt enim inter utramque differentia. nam in *d. l.* 17. agitur, ut debitor ex ſorte quotannis ſolvat quincunces uſuras; & ſi quo anno ceſſet, tunc totius pecuniæ ex die qua mutuatus eſt, ſemiſſes præſtet. at in fine *d. l.* 40. agitur, ut ipſa ſors certa die, verbi gratia, poſt annum, ſolvatur; atque ut interim ejus uſuræ ex die ſtipulationis ſingulis menſibus præſtentur. quo in caſu uſuræ non tamquam pœna non ſolutæ uſuræ, ſed quaſi ſortis non ſolutæ pœna aut fructus, promittuntur; & quamquam ex die ſtipulationis currant, tamen nihil eſt quod reprehendatur. in altero autem caſu (qui eſt *d. l.* 17.) id non fit. nam ibi ſemiſſes uſuræ promittuntur non ut pœna aut fructus non ſolutæ ſortis; ſed tamquam pœna non ſolventis aliquo anno quincunces. & tamen promittuntur tunc totius pecuniæ ſemiſſes non ex die moræ, ſed ex die qua mutuatus eſt debitor: atque adeo pro tempore quo ceſſavit quincunces ſolvere; id eſt, quo ob moram pœnam meruit: etiam pro tempore quo debitor jam quincunces ſolvit; id eſt, quo nulla ejus mora aut culpa incidit: quo in caſu eum puniri humanitas non patitur.

CAPUT V.

Uſuras in bonæ fidei judiciis deberi ex pacto, contractui in continenti adjecto, etiam ante moram.

Tantum de contractibus ſtricti juris. venio ad eos qui ſunt bonæ fidei: in quibus uſuræ non tantum ex ſtipulatu debentur, ſed etiam ex pacto; quamquam non omni, ſed contractui in continenti adjecto. id enim eſt quod Papinianus *l. 24. D. depoſiti vel contra* in cauſa depoſiti ſcribit, *Si ab initio de uſuris præſtandis convenit, lex contractus ſervabitur.* Ex Imp. Gordianus *l. 5. C. de pactis inter emptorem & venditorem compoſitis: Initio*, inquiens, *venditionis ſi pactus es, ut is cui vendidiſti poſſeſſionem, pretii tardius exſoluti tibi uſuras penſitaret; non immerito exiſtimas, etiam eas tibi adito Præſide provinciæ ab emptore præſtari debere.* Quid, ſi pactus ſis uſuras, ſed non initio contractus? ait Gordianus *eod. loc. Si initio contractus non es pactus, ſi cœperis experiri, deberi ex mora duntaxat uſuras tam ab ipſo debitore, quam ab eo qui in omnem cauſam empti ſuam fidem adſtrinxit,*

de

de jure poſtulabis. Ita Gordianus; & ſecundum hunc accipiendus Paulus *l.* 17. §. 4. *D. de uſuris:* cum ait, *Ex locato qui convenitur, niſi convenerit, ut tardius pecuniæ illatæ uſuras deberet, non niſi ex mora uſuras præſtare debet.* Pactum igitur de uſuris, in contractu bonæ fidei præſtandis, aut in continenti ei adjectum eſt, aut ex intervallo: & ſi quidem ex continenti; ex eo debentur uſuræ: ſin ex intervallo; non ex eo, ſed ex mora, debentur: ut poſt dicetur. quæſo, quid ita? quia pacta conventa quæ in continenti ſunt adjecta bonæ fidei contractibus, eorum actionem formant ideo, quod ipſis ineſſe creduntur, etiam ex parte actoris; neque adeo nuda ſunt, ſed contractui miſcentur, ipſiuſque jure & parte cenſentur. at, ſi ex intervallo ſunt adjecta, cum non ad ſubſtantiam contractus, ſed ad adminicula, reſpiciunt, actionem non formant: quia jam non inſunt contractui, neque ejus jure & parte cenſentur, ſed manent nuda & ſola: ex quibus jure civili non dari actionem, apparet ex Ulpiano *l.* 7. §. 5. *D. de pactis*, & Papiniano, *l.* 72. *D. de contrahenda emptione.* Sed hæc, aliaque huc pertinentia, nec pervulgata hactenus, uberius demonſtrabo, ad Edictum de pactis. non enim, ut mihi videtur, ſemper hic idem jus fuit; ſed aliud obtinuit ante, aliud poſt, Divi Pii Conſtitutionem: qua de ſequente agetur capite.

Caput VI.

Uſuras in bonæ fidei judiciis officio Judicis deberi ex mora. an vi & amplitudine formulæ ex bona fide? *cenſere Franciſcum Connanum. V. CL. nec quemquam hactenus intercedere: ſed falli. uſuras libera republica in bonæ fidei judiciis ex mora ſola non fuiſſe debitas. ea mutata, primum Labeonem aliquid eſſe molitum, maxime in ſocietate, atque in ipſa ſub colore ejus quod intereſt. deinde Principes uſuras palam indulſiſſe in omnibus bonæ fidei judiciis. Pomponius illuſtratus l.* 60. *D. Pro ſocio, & l.* 121. *D. de verborum ſignificatione, etiam Paulus l.* 7. *D. de negotiis geſtis, & Marcianus l.* 32. *§.* 2. *D. de uſuris. auctorem hujus Conſtitutionis obſcurum eſſe: ſed Divum Pium videri. egregius Polybii locus in Excerptis explicitus: qui Salmaſium peſſime habuit.*

Quod ſi nulla conventio de uſuris intervenerit: adhuc ex mora eas deberi, Paulus ait *l.* 17. §. 4. *D. de uſuris:* non tamen in ſtricti juris contractu, ſed in locatione & conductione: quo exemplo Paulus utitur. idemque eſt in emptione & venditione *l.* 5. *C. de pactis inter emptorem & venditorem compoſitis*, item in depoſiti, & cæteris bonæ fidei judiciis *l.* 2. *C. Depoſiti vel contra*, *l.* 32. §. 2. *l.* 34. *D. de uſuris.* atque hæ ſunt uſuræ quas Papinianus *l.* 58. *D. Ad SCtum Trebellianum* ait, *in officio Judicis eſſe.* Qui poteſt? quia (quod Paulus refert *l.* 7. *D. de negotiis geſtis*) *Tantundem in bonæ fidei judiciis officium Judicis valet, quantum in ſtipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.* Uſuræ igitur quæ in bonæ fidei judiciis ex mora debentur ſine conventione, non tam ex jure obligationis proficiſcuntur, quam ex officio Judicis applicantur *l.* 54. *D. Locati conducti.* id vero ſignificat, in his non eſſe duas obligationes, unam ſortis, alteram uſurarum; ſicut fit, ſi ex ſtipulatu debeantur: ſed eſſe unam ſortis obligationem, circa cujus exſecutionem mora Judicis arbitrio uſurarum præſtatione repenſatur *l.* 4. *C. Depoſiti vel contra*, *l.* 8. *D. de eo quod certo loco.*

Illud pulchræ fuerit inquiſitionis, utrum uſuræ quæ officio Judicis præſtantur, naturæ judicii bonæ fidei debeantur ob vim atque amplitudinem formulæ, *Ex bona fide?* Cenſet V. Cl. Franciſcus Connanus *lib.* 5. *Comment. jur. civil. c.* 3. *n.* 2. nec quiſquam, quantum ſcio, intercedit. Dabit tamen mihi Connanus veniam; exiſtimanti, eum falli. non enim ita eſt: nec ſtatim atque uſu receptæ ſunt uſuræ contra legem Genuciam, ex mora Judicis officio adjudicari cœpere in bonæ fidei judiciis: ſive quod tum adhuc non valde laudabilis uſuræ uſus videretur; & generaliter obſervari conveniret, bonæ fidei judicium non recipere præſtationem quæ contra bonos mores deſideraretur *l.* 5. *D. de uſuris:* ſive (ut magis puto) quod damnum, mora datum in pecunia debita, niſi in ſtipulationem deductum, neque circa pecuniam conſiſtere, neque damnum eſſe intelligeretur; ſaltem quod Judici ſufficeret ad probationem ejus quod intereſt: quo uſura ex mora cenſetur. adeo nuſquam apud Ciceronem, neque apud alium auctorem, qui libera floruit republica, ullum veſtigium uſuræ officio Judicis præſtandæ ſine ſtipulatione. ea vero mutata, primus Labeo (ſic enim *lib.* 1. *cap.* v. jam conjeci ex Pomponio) fiducia ingenii atque eruditionis qua fuit maxima, & qua multa innovavit Veterum decreta, in bonæ fidei judiciis uſuras ſine ſtipulatione introduxit: ſed non quaſi uſuras, ſed quaſi id quod intereſt. is enim placuit ei color:

maxime, ſi mora ex re eſſet: puta, quod debitor alienam pecuniam in uſus ſuos convertiſſet. ſcilicet, quia putabat, bonæ fidei congruere, poſt diſtincta jure gentium dominia, ne quis de alieno lucrum ſentiret. at, ſi mora non ex re, ſed ex perſona, eſſet, etiam hic uſuras præſtari voluit: ſed non in omnibus bonæ fidei judiciis, ſed in ſocietate. introduxit autem eas & hic non palam quaſi uſuras, ſed ſub imagine ejus quod intereſt: atque ex ipſius mora ſocii, adhuc durante ſocietate, ut mihi videtur, ob jus fraternitatis quod inter ſocios eſt: cæterum, finita morte ſocietate, hoc non probavit ex facto heredis, ceſſante fraternitate in actione communi dividundo quæ deinde obtinet. quod ſi eſt; apparet, uſuras in ſocietate ex mora placuiſſe extra ordinem, & quod in ea eſt receptum ſingulari ratione, non ſuiſſe tum ad actionem communi dividundo, aliaque bonæ fidei judicia, porrigendum. Habes unum argumentum ex Pomponio *l. 60. D. Pro ſocio*, idem plenius explicitum *lib. 1. cap. v.*

Vis & alterum? accipe, atque ab eodem Pomponio *lib. 6. Ad Q. Mucium.* verba hæc ſunt *l. 121. D. de verborum ſignificatione. Uſura pecuniæ quam percipimus, in fructu non eſt: quia non ex ipſo corpore, ſed ex alia cauſa eſt: id eſt, nova obligatione.* Quid hic Pomponius? facit unam cauſam conſtituendi uſuras: ea cauſa eſt obligatio; plures non facit: quia non erant plures: etſi poſtea placuit, duas eſſe, vel obligationem, vel officium Judicis: ut ex Papiniano & Paulo ante demonſtravi. ſed altera fuit Pomponii tempore: & ideo *d. l. 121.* non officii Judicis meminit: ſed obligationis. præterea negat, uſuram eſſe in fructu; & addit cauſam, ea cauſa eſt, quia non ex ipſo corpore naſcitur. veriſſime eo quo id ſcribebat tempore: ſed non æque Ulpiani. is certe *l. 34. D. de uſuris* ex uſu ſui temporis infit, *Uſuræ vicem fructuum obtinent: & merito non debent a fructibus ſeparari: & ita in legatis & fideicommiſſis & in tutelæ actione, & in cæteris judiciis bonæ fidei ſervatur.*

Cæterum quod Labeo, & poſt eum Pomponius, in ſocietate præſertim inchoavit, non directo, ſed ſub colore ejus quod intereſt, deinde Principes abſolverunt; quum palam juſſerunt, ut in omnibus bonæ fidei judiciis circa uſuras tantumdem poſſit Judicis officium, quantum ſtipulatio. Nec jam conjecturis opus. minime. id probat Papinianus *l. 24. D. depoſiti vel contra* tam manifeſte, ut non magis poſſit. nam *Conſtitutionem* his allegat verbis, *Et eſt quidem* conſtitutum, *in bonæ fidei judiciis, quod ad uſuras attinet, ut tantumdem poſſit officium arbitri, quantum ſtipulatio.* Papinianus ſignificat, olim uſuras non officio Judicis, ſed ſtipulatione, deberi potuiſſe: verum Conſtitutionibus eſſe effectum, ut in bonæ fidei judiciis circa uſuras nunc tantumdem poſſit Judicis officium, quantum olim ſtipulatio. Ac ſecundum hæc accipio illud Pauli *l. 7. D. de negotiis geſtis. Tantumdem in bonæ fidei judiciis valet officium Judicis, quantum in ſtipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.* quod diligentiſſimæ obſervationis eſt: ſimul, quod his Conſtitutionibus quoque adſcribitur, quod in bonæ fidei judiciis officio Judicis adjudicantur uſuræ, quæ in regione frequentantur. hoc enim Ulpianus perhibet *l. 37. D. de uſuris*, his verbis. *Puto verum, ſi liberavi ex magno incommodo, deberi dici uſuras venire: eas autem quæ in regione frequentantur, ut eſt in bonæ fidei judiciis* conſtitutum. Et in *l. 12. §. 9. D. Mandati vel contra:* cum ſic infit, *Et* (*ut eſt* conſtitutum) *totum hoc ex æquo & bono judex arbitrabitur.* Unde apparet, Marcianum *lib. 4.* Regularum, cum ſcribit *l. 32. §. 2. D. de uſuris, In bonæ fidei contractibus ex mora uſuræ debentur*, ſic intelligendum eſſe, quaſi velit, poſt eas Conſtitutiones obtinuiſſe regulam quæ ante non obtinuerit: vel, ex Conſtitutionibus eſſe receptum contra juris regulas, ut in omnibus bonæ fidei judiciis uſuræ ex mora debeantur.

Ut ut erit; hoc liquet, has uſuras non tam naturæ actionum bonæ fidei, quam Principali Conſtitutioni, deberi. Quamquam, cui præſertim expenſam feram Conſtitutionem, nondum potui ſatis ad conjecturam evadere. ſuſpicor tamen, ejus auctorem eſſe Divum Pium: apud quem prima mentio uſuræ, officio Judicis præſtandæ ex mora cum in bonæ fidei judiciis, tum in legatis & fideicommiſſis *l. 6. §. ult. D. de negotiis geſtis, l. 17. §. 3. & §. ult. D. de uſuris, l. 5. D. de operibus publicis.* accedit, quod Veterum Juriſconſultorum qui de ea uſura præcipiunt, nemo eſt antiquior illo principatu: unum ſi excipias Labeonem de quo monui. nam Scævola cujus ſunt *l. 58. §. 1. & §. 4. D. de adminiſtratione tutorum, & l. 28. D. Depoſiti vel contra*, floruit in primis ſub Divis Fratribus & deinceps: nam libros Digeſtorum ex quibus eſt *d. l. 58*, poſt Imp. Marcum ſcripſiſſe, didici ex *l. 39. D. de legatis lib. 3.* in qua eum Divum appellat. Papinianus autem, item Marcianus, Ulpianus, & Paulus, illo recentiores ſunt. præterea Pomponius quem ad Marcum Antoninum perveniſſe, veriſimile eſt, (quia in *l. 14. D. de pollicitationibus* citat Antoninum Pium, ſed Divum, id eſt, mortuum) non adgnoſcit adhuc uſuras, ex mora præſtandas officio Judicis, præterquam in ſocietate *d. l. 60. D. Pro ſocio:* nec in ipſa utitur alicujus auctoritate Conſtitutionis, ſed Labeonis: ex hac quoque uſuras non palam introducit, ſed ſub colore ejus quod intereſt: cum inſecuti poſt Juriſconſulti eas in cæteris omnibus bonæ fidei judiciis palam admittant: ſed non ex Labeonis diſputatione, ſed ex Conſtitutione: ut ex Papiniano & Paulo oſtendi. id

vero

vero mihi indicio eſt, auctorem Conſtitutionis de qua quærimus, eſſe Divum Pium: ſed ſcriptam eſſe poſt editum a Pomponio librum decimum tertium Ad Sabinum ex quo eſt *d. l.* 60, & librum ſextum Ad Q. Mucium ex quo eſt *d. l.* 121. *D. de verborum ſignificatione.* atque id jus Africanus *l.* 10. *D. Rem pupilli vel adoleſcentes ſalvam fore* jam certum fuiſſe indicat, cum ſcriberet librum tertium Quæſtionum. nam ex eo libro deſumptus is locus eſt.

Quæ ſi ita ſunt: puto, apparet, quomodo explicandus ſit Javolenus *l.* 117. *D. de verborum ſignificatione*; cum ſic ſcribit, *Non poteſt videri minus ſolviſſe is in quem amplioris ſummæ actio non competit.* vult enim, debitorem, etſi in ſolvendo moram commiſerit, tamen ſi uſuras ſtipulanti non promiſit, non videri minus ſolviſſe: quia ejus ætate, (cujus poſtrema pars videtur incidiſſe in imperium Trajani, quo tempore eum delirare cœpiſſe, Plinius ſcribit *lib. 6. epiſt.* 15.) uſuræ Judicis officio nondum debebantur. cæterum, ſi in ſtipulatum deductæ eſſent, poſt moram minus ſolvere: quia jam amplioris ſummæ actio ex ſtipulatu competebat. Quod ſi id ſcripſiſſet Javolenus poſt Conſtitutionem qua uſuræ in bonæ fidei judiciis officio Judicis committuntur; non neceſſaria eſſet ſuperior interpretatio: quia alia peti poſſet ex *l.* 49. §. 1. *D. de actionibus empti & venditi.*

Illud neſcio an addam, ignorantia ſuperioris obſervationis egregie falli V. Cl. Claudium Salmaſium, *De modo uſurarum c.* 4. *pag.* 180. *& ſeq.* in interpretatione loci cujusdam Polybii, *in Excerptis ex Collectaneis Conſtantini Auguſti Porbyrogenetæ*, quæ Pariſiis edidit Henricus Valeſius, *pag.* 155. *&* 156. Polybii verba etſi plura ſint, tamen quia notabilia ſunt, appoſui. verba Polybii. *Deinde filiabus Scipionis magni, patris adoptivi ſororibus, dimidium dotis ſolvendum erat. Siquidem pater quadraginta talenta utrique filiæ dotis nomine daturum ſe ſpoponderat: cujus pecuniæ dimidiam quidem partem mater utrique genero numeraverat præſentem, dimidiam vero in ære alieno moriens reliquerat. quare id nomen a P. Scipione diſſolvendum erat adoptivi patris ſororibus. Porro cum reliquum ejus pecuniæ quæ dotis nomine debetur, jure civili populi Romani annua bima trima die mulieribus numerandum ſit, inſtrumento ac ſuppellectile prius intra decem menſes præſtitis ex more qui apud illos obtinet: Scipio ſtatim argentario mandavit, ut quinque & viginti talenta utrique intra decem menſes proximos perſolveret. Cum vero Tiberius Gracchus & Scipio Naſica, quibus ante dictæ mulieres nupſerant, elapſo menſe decimo confeſtim ad argentarium veniſſent, rogaſſentque, num quid de ea pecunia mandati ab Scipione haberet, atque ille pecuniam accipere eos juberet, & quinque ac viginti talenta utrique numeraret, tum ii errare illum dixerunt; non enim univerſam ſimul pecuniam, ſed tertiam tantum partem in præſentia legibus deberi. cumque ille ſubjiceret ita ſibi mandatum eſſe a Scipione, diffiſi juvenem adierunt, labi eum ignoratione arbitrati. idque profecto haud ſine cauſa. etenim non modo quinquaginta talenta ante triennium nemo, ſed ne unum quidem ante præſtitutam diem quiſquam Romæ ſolvat. tantam unuſquiſque diligentiam in pecunia, utilitatem in tempore collocat. Cæterum cum Scipionem conveniſſet, percunctati quid argentario in mandatis dediſſet, cum ille diceret mandaſſe, ut omnis ſimul pecunia ſororibus ſolveretur, illi præ ſe curam ejus ferentes, errare eum ſubjecerunt: ipſi enim ſua ipſius pecunia uti in longum adhuc tempus legibus licere. At Scipio hæc ſibi probe comperta & cognita eſſe reſpondit, ſed cum extraneis quidem ſtricto jure uti ſolere, cum propinquis autem & amicis candide ac generoſe agere quantum fieri poſſet. quare ut omnem pecuniam ab argentario acciperent rogabat. Quibus auditis, Tiberius & Naſica taciti domum reverſi ſunt.* Hæc Polybius. ad quæ ſic ſcribit Salmaſius, *Conſtat etiam ex verbis Polybii quæ ſupra retulimus, ſingulas penſiones non poſt finem anni, ſed decimo menſe ſolvi ſolitas, forte ut, ſi non eſſet ſoluta, in fine cum uſuris poſſet exigi ab eo cui debebatur.* Nempe putat Salmaſius, uſuras in bonæ fidei judiciis eo tempore ex mora fuiſſe debitas officio Judicis; nec fuiſſe cauſam, cur non ex dote deberentur: ſive maritus ceſſaret eam reſtituere annua, bima, trima, die: ſive is qui marito eam promiſerat, ceſſaret ei ſolvere: & addit Salmaſius, ſingulas penſiones non poſt anni finem ſolvi ſolitas, ſed decimo menſe; ut, ſi non eſſet ſoluta, in fine cum uſuris exigi poſſet. Habes Salmaſii ſententiam, atque in ea plures errores. primus eſt, quod putavit, uſuras in bonæ fidei judiciis ex mora debitas fuiſſe officio Judicis: cum id non jure civili, neque libera republica, obtinuiſſe, ſed demum Principum Conſtitutionibus effectum eſſe, ex ante dictis conſtet. alter error eſt, quod eam actionem qua maritus, conſtante matrimonio, peteret dotem ſibi promiſſam, bonæ fidei eſſe, arbitratus eſt. verum enim eſt, dotem apud Veteres ſaltem traditione, aut ſtipulatione, aut dictione, potuiſſe conſtitui, auctore Ulpiano, *in Fragm. tit.* 6. & Gajo *lib.* 2. *Inſt. tit.* 9. atque adeo a maritio numquam peti actione bonæ fidei: licet mulier, ſoluto matrimonio, eam repetere poſſet actione rei uxoriæ quæ erat bonæ fidei, vel, ſi de reſtituenda dote ſtipulatio interpoſita eſſet, actione ex ſtipulatu, quæ actio erat ſtricti juris, antequam Juſtinianus eam fecit bonæ fidei §. 29. *Inſt. de actionibus.* poſtremo nec hoc mihi placet, quod Salmaſius ait de ſingulis penſionibus non poſt finem anni, ſed decimo menſe, ſolvi ſolitis: ejuſque rei hanc eſſe rationem opinatur; ut, ſi non eſſet ſoluta, in fine cum uſuris exigi poſſet. non enim ita eſt. ſed ea res habet veſtigium veteris anni: qui Ro-

muli fuit, nec duodecim, ſed decem, menſibus finiebatur: &, quamquam a Numa deinde auctus ſit duobus menſibus, auctore Ovidio *lib.* 1. *Faſtorum*, videtur tamen in juribus, a Romulo proditis, etiam poſterioribus temporibus ſæpe vetus decem menſium ſpatium retinuiſſe. hanc conjecturam juvat Seneca *epiſt.* 63, cum ait, *Annum fœminis ad lugendum conſtituere majores.* intelligit autem annum non Numæ, ſed Romuli. ipſum audi, *Conſolat. ad Helviam c.* xv. *Ideo majores decem menſium ſpatium lugentibus viros dederunt.* etiam Ovidium *d. lib.* 1.

Per totidem menſes a funere conjugis uxor
Suſtinet in vidua triſtia ſigna domo.

Perduravitque ea res uſque ad Imppp. Gratianum, Valentinianum, & Theodoſium, a quibus demum mutata eſt *l.* 2. *C. de ſecundis nuptiis.*

CAPUT VII.

Legata & fideicommiſſa, quoad uſuras, comparari bonæ fidei judiciis. & quid in legatis damnationis? locus quidam Gaji inſignis, ſed durus, qui eſt lib. 2. *Inſt. tit.* 7. *in fin. interpretatione mitigatus, & cum cæteris Juriſconſultis conciliatus. etiam pollicitationes, reipublicæ factas, ex mora uſuras recepiſſe: & quando?*

Bonæ fidei judiciis addenda ſunt legata & fideicommiſſa. ſunt enim ſtricti juris; quippe, cum ex teſtamento petantur *l.* 6. *D. de in litem jurando.* ſed quod ad uſuras attinet, a bonæ fidei judiciis non ſeparantur. atque id in fideicommiſſis ſub Divo Pio jam obtinuiſſe certum habeo: de his enim is Princeps reſcripſit *l.* 17. §. 3. *D. de uſuris.* in legatis autem an tum aliter adhuc fuerit, eſt quod dubites: quia eſſe aliqua poſſit ſuſpicio, in his uſuras eo tempore ex mora ſolvi, non placuiſſe; ſed ipſa, ſi per damnationem relicta eſſent, duplicari. ſic enim ſub Marco jus fuiſſe, refert Gajus in Inſtitutionibus; quas eum ſcripſiſſe poſt mortem Antonini Pii, vel inde conjicio; quod in *l.* 1. *D. de his qui ſui vel alieni juris ſunt*, quæ eſt ex libro ejus primo Inſtitutionum, eum *Divum*, id eſt, mortuum, vocat: ſicut eum feciſſe quoque lib. XIV. Ad legem Juliam & Papiam, oſtendit *l.* 56. *D. de legatis lib.* 2. ſcripſiſſe certe ad Senatuſconſultum Orphitianum quod poſt D. Pium, Marco Imperatore, factum eſt, apparet ex *l.* 9. *D. Ad SCtum Tertyllianum.* Verba Gaji, quia ſunt raræ, nec adhuc expeditæ, obſervationis, adſcripſi ex *lib.* 2. *Inſt. tit.* 7. qui eſt *de fideicommiſſis:* ea verba ſunt. *Præterea & in hoc alia fideicommiſſorum & legatorum conditio eſt, quia fideicommiſſa, ſi tardius quam ſcriptum eſt, ſoluta fuerint, uſuræ & fructus debentur: legatorum vero uſuræ non debentur, ſed ex mora ſolutionis, ſi per damnationem relicta fuerint, duplicantur.* Sic Gajus, teſtis hujus differentiæ quæ inter legata & fideicommiſſa fuerit, ſingularis. an idoneus? durius fuerit, negare. & tamen quoad uſuras idem fideicommiſſis legatiſque jus fuiſſe, auctores ſunt Impp. Severus & Antoninus *l.* 1. *C. de uſuris & fructibus legatorum*; atque ajunt, ſuo tempore hoc manifeſtum fuiſſe. Verba Impp. *Legatorum ſeu fideicommiſſorum uſuras ex eo tempore quo lis conteſtata eſt, exigi poſſe manifeſtum eſt.* Ulpianus quoque, *l.* 34. *D. de uſuris*, tamquam de re certa, ſic loquitur, *Uſuræ vicem fructuum obtinent: & merito non debent a fructibus ſeparari: & ita in legatis & fideicommiſſis, & in tutelæ actione, & in cæteris bonæ fidei judiciis ſervatur.* Sed & Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* x. ſcribit, *Ex mora præſtandorum fideicommiſſorum, vel legatorum, fructus & uſuræ peti poſſunt.* Quid, ſi addam, etiam vivo Antonino Pio, atque adeo ante editas a Gajo Inſtitutiones, uſuras in legatis æque, atque in fideicommiſſis, ex mora ſolvi cœpiſſe? itane? Ulpianum audi *l.* 5. *D. de operibus publicis.* ait, *Si* legatum *vel* fideicommiſſum *fuerit ad opus relictum, uſuræ quæ & quando incipiant deberi reſcripto* Divi Pii *ita continetur: ſi quidem dies non ſit ab his qui ſtatuas, vel imagines ponendas* legaverunt, *præfinitus, a Præſide provinciæ tempus ſtatuendum eſt: & niſi poſuerint heredes, uſuras leviores intra ſex menſes: ſi minus, ſemiſſes uſuras reipublicæ pendent. Si vero dies datus eſt, pecuniam deponant intra diem: ſi aut non invenire ſe ſtatuas dixerint, aut loco controverſiam fecerint, ſemiſſes protinus pendant.* Quid ergo eſt? videtur res ad ſeditionem ſpectare; niſi ſi ſines, Gajum aliqua regi interpretatione. Non enim ſic accipiendus eſt, quaſi ſimpliciter neget, in legatis ex mora ſolutionis uſuras perſolvi; non etiam, quaſi velit, legatum, ſi damnationis ſit, ex mora ſemper duplicari: ſed quaſi ſignificet, uſuras in fideicommiſſis ex mora ſemper deberi; in legatis non ſemper. utique ſi per damnationem ſint relicta; nam tum aliquando non uſuras ex mora ſolvi; ſed legata duplicari. Hoc ut audeam opinari, ſuadent exempla locutionis plane ſimilis, & teſtimonia veteris juris. Sed primum loquendi uſum demonſtrabo. Ejus exemplum eſt apud Ulpianum *l.* 2. *D. de officio ejus cui mandata eſt jurisdictio:* in qua ait, *Mandata juriſdictione a Præſide conſilium non poſſe exercere eum cui mandatur.* nec (quod verba primo volunt adſpectu) ſimpliciter negat, mandata jurisdictone, conſilium a man-

a mandatario exerceri poſſe: (id enim falſum eſt) ſed mandata a Præſide jurisdictione, mandatarium non peræque, ubi Præſes poteſt, Conſilium exercere poſſe: ut ex collatione §. 1. ejuſdem loci tradidi, *De juriſdictione & imperio lib. 2. c. x.* Addidi & alterum exemplum ejuſdem farinæ ex Ulpiano *l. 42. D. de verborum ſignificatione*: ubi poſtquam dixit, furtum & adulterium *natura turpe eſſe*, id eſt, ſemper turpe eſſe, quia furto & adulterio ineſt dolus, qui natura ſemper infamis eſt; deinde ſcribit, *Tutelæ damnari, hoc non natura probrum eſt: nec enim natura probrum eſt, quod poteſt etiam in hominem idoneum incidere.* ita enim legendum, expunctis verbis, *ſed more civitatis*, quæ non Ulpiani ſunt, ſed Interpretis. ſenſus autem, tutelæ damnari non ſemper, neque peræque, natura probrum eſt; quia tutor non tantum ob dolum damnatur, qui natura probrum eſt; ſed etiam ob culpam, cum latam, tum levem, quæ natura probrum non eſt; quippe cum error ſit, non ſcelus, & cadat in hominem etiam idoneum, id eſt, bonum & integrum. Habes Ulpiani ſenſum. Nec alium Gaji puta *d. loc.* ſignificat enim, fideicommiſſorum, ſi tardius, quam ſcriptum eſt, ſolvantur, uſuras & fructus deberi, id eſt, ſemper atque indiſtincte deberi; ſive mora cum inficiatione conjungatur, ſive non: legatorum vero uſuras non deberi; id eſt, non ſemper, neque peræque, deberi; ſed ipſa ex mora ſolutionis, ſi per damnationem relicta fuerint, duplicari; id eſt, poſſe duplicari, ſive interdum duplicari. & hoc fieri, arbitror; ſi legatum certum ſit; & mora non ſimplex ſit, ſed cum inficiatione conjuncta. cæterum ſi tantum mora ſubſecuta ſit, inficiatio non ſit; jam non legati duplicationem, ſed uſuras, locum habere. At non modo loquendi uſus eo ducit; ſed Veterum quoque auctoritas. nam quod dixi de uſuris, ex mora æque in legatis, qualiacumque ſint, atque in fideicommiſſis, præſtandis, ſi nulla inficiatio inciderit; apparet locis, paulo ante allegatis: in quibus nulla omnino fit inficiationis mentio. quod vero addidi de duplicatione legati, per damnationem relicti, mora non ſimpliciter, ſed ex inficiatione, ſubſecuta, Paulus indicat *lib. 1. Sentent. tit. Quemadmodum actiones per inficiationem duplentur*: cum ſic ſcribit, *Quædam actiones, ſi a reo inficientur, duplantur: velut judicati, depoſiti, legati per damnationem relicti, damni injuria legis Aquiliæ, item de modo agri, cum a venditore emptor deceptus eſt.* Nec tantum Paulus; ſed Imperator quoque Juſtinianus *§. ult. Inſt. de obligationibus quæ quaſi ex contractu naſcuntur*; atque addit, hoc Veteribus in legatis damnationis tum maxime placuiſſe; cum ea certa eſſent. verba Juſtiniani hæc ſunt. *Sic namque definierunt veteres: ex quibus cauſis inficiando lis creſcit, ex his cauſis non debitum ſolutum repeti non poſſe: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt quæ certa conſtituta, per damnationem cuique legata fuerant.*

Sed in viam. apparet, ut in bonæ fidei judiciis, ſic in legatis & fideicommiſſis, uſuras ex mora deberi. quæſo, quam ob rem? quia ſic placuit. eam enim cauſam adfert Papinianus *l. 24. D. de uſu & uſufructu legato.* Nec turbat quod in *l. 1. 2. & 4. C. de uſuris & fructibus legatorum* uſuræ ac fructus legatorum ſeu fideicommiſſorum dicuntur exigi ex tempore litis conteſtatæ. Id enim ad factum reſcriptum eſt: neque ſic accipiendum, quaſi uſuræ numquam poſſint ante litem conteſtatam deberi: ne mora quidem commiſſa. hoc enim ibi non dicitur, neque verum eſt: ſed ſic accipiendum, quaſi mora non commiſſa ante litem conteſtatam, (quod aliquando fieri, Papinianus obſervat *l. 3. D. de uſuris*, & in *dd. ll.* ex facto inciderat) non poſſint uſuræ ante litem conteſtatam deberi: quia niſi ex mora non debentur. ſed hoc rarius fit: nam plerumque etiam ante, quam ad Judicem pervenitur, mora committitur; & ideo heres exinde tenetur neceſſitate præſtandorum fructuum *d. l. 3. D. de uſuris.* quod ſi eſt; quid ni ad uſuras quoque teneatur, etſi lis nondum conteſtata ſit? *d. l. 3. §. ult. l. 1. §. 13. D. Ut legatorum ſeu fideicommiſſorum ſervandorum cauſa caveatur. l. 92. D. de conditionibus & demonſtrationibus.* ſed clare Paulus *d. lib. 3. Sentent. tit.* x. verba Pauli, *Ex mora præſtandorum fideicommiſſorum vel legatorum fructus & uſuræ peti poſſunt. Mora autem fieri videtur, cum poſtulanti non datur.*

Tantumdem dixerim de pollicitationibus reipublicæ factis. quæ etſi ſtricti juris ſint; nec per ſe admittant uſuras: tamen bonæ fidei judicia imitantur. Quo jure? ex Reſcripto Divi Severi & Antonini *l. 1. D. de pollicitationibus.* At Paulus, *lib. 1. Decretorum*, ſic infit *l. 16. D. de uſuris. Liberalitatis in rempublicam factæ uſuræ non exiguntur.* Sed jam Græci, *lib. 23. Baſilic. tit. 3. ſchol. ad d. l. 16. tom. 3. pag.* 426. liberalitatem a pollicitatione recte diſtinxerunt. nam pollicitatio eſt offerentis ſolius promiſſio facta reipublicæ, non ſimpliciter, ſed ob juſtam cauſam; puta, ob honorem decernendum, vel decretum *l. 1. §. 1. & l. 3. D. de pollicitationibus; l. 19. D. de donationibus.* exemplum in hoc Marmore, apud Gruterum *pag.* 400. *Inſcr.* 7.

P. DECIMIVS. P. L. EROS
MERVLA. MEDICVS
CLINICVS. CHIRVRGVS
OCVLARIVS. VI. VIR
HIC. PRO. LIBERTATE. DEDIT.
H-S. CIↃↃ
HIC. PRO. SEVIRATV. IN. REM. P.
DEDIT. HS. ∞ ∞

liberalitas vero non aliam ab cauſam fit, quam ut liberalitas & munificentia exerceatur: atque

que hæc proprie donatio appellatur: illa non proprie *l.* 1. *D. eod. tit.* idque in tantum placet: ut Labeo ſcribat, extra donationum cauſam eſſe; ſi ob cauſam detur *d. l.* 19. *D. de donationibus.* obtinuit igitur, uſuras ex pollicitatione deberi poſt moram; quia voluit Conſtitutio D. Severi & Antonini *d. l.* 1. *D. de pollicitationibus:* ſed in liberalitate, ſeu donatione, hoc non obtinuit: quia D. Severus & Antoninus de ea nihil conſtituerunt. & hanc utriuſque ſpeciei differentiam neſcio an indigitaverit Modeſtinus *lib.* 8. *Differentiarum:* ex quo deſumpta ſunt hæc verba *l.* 22. *D. de donationibus. Eum qui donationis cauſa pecuniam vel quid aliud promiſit, de mora ſolutionis pecuniæ uſuras non debere, ſummæ æquitatis eſt: maxime cum in bonæ fidei contractibus donationis ſpecies non deputetur.*

CAPUT VIII.

Fiſcum ex ſuis contractibus, niſi in privati locum ſuccedat, ex mora uſuras non debere: ſed accipere. An idem in republica ſervatur? non videri.

Igitur in bonæ fidei judiciis, & ſi quæ iis aſſimilentur, uſuræ ex mora debentur officio Judicis. una exceptio eſt in fiſco. qui etſi uſuras accipit ex contractibus, tamen uſuras non dat: niſi ſi in privati locum ſucceſſit. tum enim ſolet eas dare: ut Paulus refert *l.* 17. §. 5. *D. de uſuris.*

De republica civitatis videamus. ſed non puto, quod fiſco datum eſt ſingulari jure, ad rempublicam interpretatione porrigendum eſſe. ecce, heres inſtituta eſt reſpublica. quod hodie fieri poſſe ex Senatuſconſulto, D. Marci tempore facto, Paulus auctor eſt *l.* 20. *D. de rebus dubiis.* inſtituta igitur heres eſt reſpublica. ab ea relicta ſunt fideicommiſſa. mora in his facta eſt. placet hoc Papiniani *l.* 78. §. 2. *D. de legatis lib.* 2. *Etiam reſpublica fideicommiſſi poſt moram uſuras præſtare cogitur.* nec minus placet quod ſequitur, *Sed damnum ſi quod ex ea re fuerit ſequutum, ab his ſarciendum erit, qui poſt dictam ſententiam judicatum ſolvere ſuperſederunt. nec aliud ſervabitur in litis ſumptibus, ſi ratio litigandi non fuit. ignaviam etenim prætendentes audiri non oportet.*

CAPUT IX.

An uſuræ in bonæ fidei judiciis ante moram debeantur Judicis officio? Quid mora ſit? Eam non ex re, ſed ex perſona, committi. & quid hoc? Optimam eſſe rationem, cur mora, ſi pura ſit obligatio, magis ex perſona, quam ex re, fiat. Quid, ſi in diem concepta ſit non ſolutio, ſed obligatio? Utrum una interpellatio ſufficiat ad moram, an plures deſiderentur? Ut mora ex perſona fiat, exigi juſtam interpellationem, & quæ ſine cauſa negligatur.

Debentur igitur uſuræ in bonæ fidei judiciis, & ſi quæ iis exæquentur, ex mora officio Judicis. An & ante moram? vix opinor. non enim patitur bona fides, æſtimationem ſolvi pro damno quod nullum ſit, non commiſſa mora: uſuras autem Judicis officio non propter lucrum petentium, ſed ob moram ſolventium, infligi, Paulus auctor eſt *l.* 17. §. 3. *D. de uſuris.* Papinianus quoque *l.* 24. *D. Depoſiti vel contra*, agens de depoſito, ait, contra bonam fidem & depoſiti naturam eſſe, uſuras ab eo deſiderare temporis ante moram; qui beneficium in ſuſcipienda pecunia dedit: utique, ſi ab initio de uſuris nihil convenit; alioquin contractus legem ſervari.

Sed quia hoc poſſit dubitationem accipere eo, quod uſuræ in *l.* 1. §. 1. *D. de uſuris*, & *l.* 5. *C. de actionibus empti & venditi*, dicuntur, *omnimodo deberi, etiam mora non interveniente:* & rurſus Paulus *l.* 17. §. 4. *D. de uſuris* ait, *Ex locato qui convenitur, niſi convenerit, ut tardius pecuniæ illatæ uſuras deberet, non niſi ex mora uſuras præſtare debet:* non abs re fuerit, quid mora ſit, & quomodo fiat, paucis exponere.

Eſt autem mora, injuſta ceſſatio ejus qui jure interpellatus, non ſolvit, aut non accipit, debitum. Primum dixi quod eſt ceſſatio: ſic enim vocatur *l.* 17. *D. de uſuris.* ceſſatio autem eſt, quoties differendi cauſa fit: ut in *l.* 21. *D. eod. tit.* deinde addidi, quod eſt ceſſatio ejus qui non ſolvit, aut non accipit, debitum: quia mora non tantum a debitore, ſed etiam a creditore, committitur *l.* 37. *D. Mandati vel contra*, *l.* 72. & *l.* 39. *D. de ſolutionibus:* atque ut intereſt creditoris, ſibi debitum ſuo tempore ſolvi a debitore, ut eo uti poſſit: ſic debitoris intereſt, id a creditore, cum ei offertur, accipi, ſeque a ſorte & uſuris liberari. ac commode Seneca *lib.* 2. *De beneficiis c.* 17. *Male audire ſolet fænerator, ſi acerbe exigit: æque, ſi in recipiendo tardus ac difficilis moras quærit.* Igitur mora eſt ceſſatio, debitoris, vel creditoris, ſed injuſta,

juſta, & jure interpellati. quia, ut mora ſit, non ſufficit, peti aut offerri poſſe, & non ſolvi aut non accipi: ſed, cum jure petitum aut oblatum eſſet, ſine cauſa non eſſe ſolutùm aut non acceptum. nam cum de mora diſputamus, non quærimus, quæ ſit poteſtas verbi: (ſub quo certum eſt rei moram, ſive tardiorem ſolutionem contineri) ſed quæ ſit mora jure judicioque emendanda ideo, quia injuria nocuit. hæc vero non eſt rei mora, ſeu qualiſcumque tardior ſolutio: ſed mora perſonæ quæ jure interpellata, ſine cauſa ceſſat, quod debet, facere. idque adeo verum eſt, ut Paulus *l.* 17 §. 4. *D. de uſuris* aliam faciat *moram*, aliam *tardiorem ſolutionem: Ex locato*, inquiens, *qui convenitur, niſi convenerit, ut tardius illatæ pecuniæ uſuras deberet, non niſi ex mora uſuras præſtare debet.* ſenſus eſt, uſuras in locati actione quidem deberi ex ceſſatione, ſive tardiore pecuniæ ſolutione, at non ſemper, ſed ſi convenerit: alioquin non ex ea, ſed ex mora. igitur diſtinguit Paulus tardiorem ſolutionem a mora: & bene, quod *lib.* 3. *Sentent. tit.* x. *Mora*, inquit, *fieri videtur, cum poſtulanti non datur.* Pauli ſententiam confirmat, exponitque, Marcianus *l.* 32. *D. de uſuris*; cum ait, *Moram non ex re fieri, ſed ex perſona: id eſt, ſi interpellatus opportuno loco non ſolverit.* Marcianus ſignificat, moram non intelligi ex ſolo tempore tardæ ſolutionis: ſed ſi ſolutio tardius fiat vitio perſonæ: atque hanc demum videri; ſi debitor opportuno loco interpellatus, non ſolverit. Juſtinianus diceret, moram fieri *non ipſo jure*; ſed *litis conteſtatione*, aut *conventione*. nam cum in *l.* 46. §. 4. *C. de Epiſcopis & Clericis* juberet, moram in legatis piis ipſa re committi ſine perſonæ interpellatione, ſic infit, *Sancimus non inſpecta mora* a litis conteſtatione *aut* conventione, *ſed* ipſo jure *intellecta (quod dicitur vulgo) mora præceſſiſſe.* Juſtinianus vult, moram non committi ipſa re, ſeu ſponte, ſed litis conteſtatione, id eſt, interpellatione judiciali, aut conventione, ſive admonitione extrajudiciali. ſic enim *conventionem* apud Juſtinianum accipe: (ut in *l.* 59. §. 5. *D. Mandati. l.* 2. *C. de jure emphyteutico*) atque hanc non nudam, ne res probatione deſtituatur, ſed teſtato factam: ut in *l.* 122. §. 3. *D. de verborum obligationibus.*

Igitur mora non ex re, ſed ex perſona, committitur: eaque fit, ſi quis interpellatus non ſolverit. qua ratione? ſane optima in puro debito. in quo agi videtur, ut ſtatim & cedat & veniat dies. quod eſt, non ut ſtatim ſolvatur, ſed ut ſtatim incipiat deberi, & peti poſſit *l.* 213. *D. de verborum ſignificatione.* ita debitor ſi non ſolvat ſtatim, ac petitur; ex perſona moram committit: quia impingit in jus obligationis: ſed, ſi non ſolvat pecuniam, cum non petitur; non committit moram ex perſona. non enim facit contra formam obligationis: qua non actum eſt, ut debitori neceſſitas ſit ultro ſolvendi; ſed ut creditoris arbitrium ſit, quando petat. quo ſenſu Cicero, *Tuſculan. quæſt. lib.* 1. *c.* 39. de natura infit. *Ea quidem dedit uſuram vitæ, tanquam pecuniæ, nulla præſtituta die. Quid eſt igitur, quod querare, ſi repetit, cum vult? ea enim conditione acceperas.* Unum obſervet creditor, ne inciviliter faciat: ut, ſi hodie credat, cras repetat. id enim Ambroſius culpat, *De Tobia c.* 3. his verbis, *Quid enim tetrius eo qui hodie fœnerat, & cras exigit? eſt odibilis, inquam, homo hujuſmodi. oblatio quidem blanda; ſed immanis exactio.* Sed quod Ambroſius commendat, eſt humanitatis. cui ſi dare velit creditor, poteſt: ſi nolit, non cogitur. habet enim jus petendi æque, ac differendi. ſed, ſi non petat: eſt quod ſibi, ſed non quod debitori, imputet: qui ejus humanitate utitur: denique injuriam ei non facit; cum pecuniam ei debitam, ejus voluntate retinet. Quod ſi eſt; efficitur, ut in mora ſit debitor, non ſufficere, & ceſſiſſe & veniſſe diem obligationis, id eſt, jam deberi ac peti poſſe: ſed præterea petitum eſſe, & non ſolutum oportere. ſic, ſi pure contrahatur obligatio, vel (ut Cicero loquitur *d. loc.*) *nulla præſtituta die.*

Idem, ſi in diem concipiatur, non dicam, ſolutio, ſed obligatio. nam nec tum ante in mora intelligitur debitor, quam ſi a creditore interpellatus non ſolvat: quia alioquin nihil eſt quod in debitore caſtigetur: qui cum non promiſit ſolvere certa die, tum ſolvit, cum creditor ſibi ſolvi poſtulat. finge; ſub conditione contracta eſt obligatio, & extitit conditio: non committitur mora; niſi debitor, poſtquam dies venit, a creditore interpellatus ſit. ut enim conſtituta ſit obligationi dies qua naſcatur actio; non tamen conſtituta eſt qua ſolvatur debitum: & ideo ſi extitit conditio, & hoc ſcit debitor, nec tamen ſolvit; nondum in mora eſt, quamdiu interpellatus non eſt: non magis quam ſi ab initio pura fuiſſet obligatio. cum enim talis habeatur obligatio ſub conditione contracta, poſtquam ea extitit *l.* 11. §. 1. *D. Qui potiores in pignore:* quid ni idem quod de pura jus eſt, poſtquam conditio extitit, de conditionali ſtatuatur.

Simile eſt in obligationibus quæ conceptione puræ ſunt; ſed ex re accipiunt dilationem: nam & in his videtur conſtitui dies, quo naſcatur actio *l.* 73. *D. de verborum obligationibus:* ſed non, quo ſolvatur debitum. igitur etſi peti poſſit, nata actione: tamen non ſtatim in mora eſt debitor qui non ſolvit. quia quamdiu nihil petit creditor, nihil eſt quod debitori imputetur. quemadmodum ſi quis pure debet, ſtatim conveniri poteſt, quia ſtatim adverſus eum actio competit: nec tamen ſtatim in mora eſt; ſi non ab eo ſtatim petitum ſit.

Illud quæri video, utrum una ſufficiat interpellatio, an plures deſiderentur. ſed, puto, una ſufficit. tantum enim exigit Marcia-

cianus *d. l.* 32. *D. de uſuris*, ut debitor interpellatus ſit; nihil præterea: qui autem ſemel interpellatus eſt, æque interpellatus videtur, ac qui ſæpius. deinde, qui admonitus ceſſat ſolvere, is in culpa eſt; nec hanc diſpungit eo, quod non iterum interpellatur. quin quo magis ceſſat ſolvere poſt admonitionem, eo magis intendit culpam. quod ſi eſt: ſequitur, ut, qui interpellatus, licet ſemel, non ſolvit, moram admittat, & hanc, niſi debiti oblatione, non emendet *l.* 91. §. 3. *D. de verborum obligationibus l.* 26. *D. Soluto matrimonio*. At enim plurium interpellationum mentio fit in *l.* 122. §. 3. *D. de verborum obligationibus. l.* 38. *D. de minoribus. l.* 59. §. 5. *D. Mandati vel contra.* Sed non, quaſi jure neceſſariæ ſint: ſed quia de facto intervenerant. Marcianus tamen, ut in mora debitor ſit, exigit repetendi debiti inſtantiam *l.* 32. §. 1. *D. de uſuris*. verba Marciani, *Et non ſufficit ad probationem moræ, ſi ſervo debitoris abſentis denuntiatum eſt a creditore procuratoreve ejus: cum etiam ſi ipſi (inquit) domino denuntiatum eſt, cæterum poſtea, cum is ſui poteſtatem faceret, omiſſa eſſet repetendi debiti inſtantia, non protinus per debitorem mora facta intelligitur.* Sed neque ille ad moram plures interpellationes deſiderat: ſaltem negat, moram intelligi, ſi a creditore, aut ejus procuratore, ſit abſentis debitoris ſervo denuntiatum; niſi ea denuntiatio deinde ex ſervi renuntiatione venerit ad notitiam domioi *l.* 20. §. 11. *D. de petitione hæreditatis*. addit quoque, interdum moram non intelligi, etſi in debitoris perſona fiat interpellatio: ut, ſi creditor, poſtquam debitor ſui poteſtatem, ſive ſui copiam, fecit, id eſt, poſtquam comparuit, ut cum eo agi poſſit *l.* 2. *D. Ex quibus cauſis in poſſeſſionem eatur*, *l.* 7. §. 2. & 3. *D. de ſuſpectis tutoribus*. *l.* 18. *D. Si ſervitus vindicetur*, omittat repetendi debiti inſtantiam; id eſt, ab inſtantia deſiſtat; ſive moram debitori remittat: pari ratione qua D. Pius *omittere* pro *remittere* his utitur verbis, *Parum juſte præteritas uſuras petis quas* omiſiſſe *te longi temporis intervallum indicat, qui eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet eſſes, petendas non putaſti.* *l.* 17. §. 1. *D. de uſuris.* Similiter, ſi debitor creditori offerat ſolutionem; ſed poſt ceſſet offerre: non intelligitur in mora eſſe creditor *l.* 122. §. 3. *D. de verborum obligationibus.* ſed non, quia una non ſufficit oblatio, ut creditor in mora conſtituatur: ſed quia non videtur obligatio eſſe in qua non perſeverat debitor. pone, is pecuniam creditori offert in jure aut in judicio: mox eam petit creditor; debitor non eſt paratus; ceſſat offerre *l.* 3. §. *ult. D. de actionibus empti & venditi.* rurſus finge; debitor pecuniam creditori obtulit; &, eo non accipiente, depoſuit; mox recipit pecuniam: ut in *l.* 7. *D. de uſuris*: depoſitio non manet in eadem cauſa *l.* 8. *C. de diſtractione pignorum.* non perſeverat igitur debitor offerre, mutata voluntate. nec diſſimile eſt, quod Papinianus *l.* 15. §. 1. *D. de inofficioſo teſtamento* de præparatione litis quæ neceſſaria ſit ad querelæ tranſlationem, ſic infit, *Heredi ejus qui poſt litem de inofficioſo præparatam, mutata voluntate deceſſit, non datur de inofficioſo querela: non enim ſufficit litem inſtituere, ſi non in ea perſeveret.*

Sed eo redeo, unde diſceſſi. apparet, ut mora ſit, non ceſſatum, ſed poſt interpellationem ceſſatum, eſſe oportere. at neque hoc ſufficit: amplius deſideratur; ut, cum juſta interpellatio eſſet, ſine juſta cauſa ceſſatum ſit. & ideo moram definivi, injuſtam ceſſationem ejus qui jure interpellatus, non facit. nam & fruſtratio appellatur *l.* 37. *D. Mandati l.* 3. §. 4. *D. de uſuris*: & ſi juſta ex cauſa ſit dilatio, inculpata eſt, & ideo civili interpretatione mora non eſt *l.* 9. §. 1. *D. eod. tit.* finge, ut exemplo rem uno aut altero demonſtrem, peti, ſed nullo jure deberi, aut natura deberi, ſed non civili jure: quis dicet, moram fieri, ubi nulla petitio eſt *l.* 127. *D. de verborum obligationibus?* idem eſt, ſi reus civili jure debeat, ſed exceptione tutus ſit *l.* 21. *D. de uſuris. l.* 40. *D. de rebus creditis.* finge, & naturaliter & civiliter deberi, ſed alio peti loco, quam quo debetur: ut in *l.* 47. *D. de legatis lib.* 1. finge, deberi in diem, ſed diem non veniſſe: eſt in utraque ſpecie cauſa denegandæ ſolutionis, nec eſt injuſta ceſſatio quam moram apellamus *l.* 39. *D. de ſolutionibus. l.* 49. §. *ult. l.* 122. *pr. D. de verborum obligationibus.* finge, & naturaliter & civiliter, amplius, pure deberi, etiam opportuno peti loco; ſed cauſam eſſe, cur ignoret debitor, quantum ſolvere debeat? negat Venulejus, improbum videri *l.* 99. *D. de regulis juris.* quid, ſi ad judicium provocet, & ſine dolo malo faciat? nec hunc moram facere, Julianus ait *l.* 63. *D. eod. tit.* & Paulus probat *l.* 24. *D. de uſuris.* eſtque exemplum elegans *l.* 3. *D. eod. tit.* Quid, ſi maluit litigare, quam reſtituere? cum fruſtrandi cauſa facit, ſciens, ſe reſtituere debere, moram feciſſe, Ulpianus refert *l.* 82. §. 1. *D. de verborum obligationibus.* rurſus finge, aliquem ſcire, ſe debere, etiam quantum debeat; ſed ſine vitio ſuo deſtitui ſolvendi aut occaſione, aut facultate? in mora eſſe, negat Seneca *lib.* 4. *De benefic. c. ult.* verba Senecæ, *Non eſt per me mora, ſi aut occaſio mihi deeſt, aut facultas.* & exempla *l.* 9. §. 1. *l.* 17. §. 3. *l.* 23. *D. de uſuris.* ita Pomponius *l.* 3. §. 4. *D. de actionibus empti & venditi* definit, videri moram eſſe, ſi nulla difficultas venditorem impediat, quo minus tradat, id eſt, ut idem Pomponius ait *l.* 23. *D. de verborum obligationibus*, ſi per eum ſteterit, quo minus daret. Sed omnia enumerare longum eſſet: & placet quod Marcianus ait *lib.* 4. *Regularum*, utrum ex perſona mora ſit admiſſa nec ne, apud Judicem examinari oportere, Pomponium

nium certe ſcripſiſſe, difficilem eſſe hujus rei definitionem: Divum quoque Pium Tullio Balbo reſcripſiſſe, an mora facta intelligatur, neque Conſtitutione ulla, neque juris auctorum quæſtione, decidi poſſe; cum ſit magis facti, quam juris *l.* 32. *D. de uſuris.*

Caput X.

Interdum ex re naſci moram, & quibus in cauſis. Moram ex re non eſſe veram moram: & ideo ſæpe negari moram.

Igitur mora non ex re, ſed ex perſona, fit. Sed *aliquando*, quod Ulpianus obſervat, *etiam in re moram eſſe decerni ſolet* *l.* 23. §. 1. *D. de uſuris.* & exemplum Ulpiano, *ſi forte non exſtat qui conveniatur:* ut fit, ſi non comparet debitor: quo caſu vult Pomponius *l.* 2. *D. de nautico fænore*, ut creditor id ipſum teſtatione complectatur: hoc eſt, ut proteſtetur, ſe neminem reperire quem interpellet. ad quid? ut pro petitione id cedat. licet enim tum nulla interveniat interpellatio; tamen, quia non ſtat per creditorem, quo minus interveniat, intelligitur intervenire: exigente rerum neceſſitate quæ legem facit, cum non licet facere aliter.

Idem vel ſimile eſt, ſi in diem concipiatur non obligatio de qua ſupra dixi; ſed ſolutio. (quod in credita pecunia fieri, Seneca obſervat *lib.* 3. *De beneſic. c.* 10. ſequentibus verbis, *Dies beneficio reddendo non dicitur, ſicuti creditæ pecuniæ*) Nec difficilis eſt hujus ratio exceptionis. nam cum liquet creditoris voluntas, quid eſt nova opus interpellatione? etſi enim non moneatur debitor, tamen ſi non ſolvat ſua die, eſt quod caſtigetur mora: quia ante ceſſerat dies, licet nondum venerat *l.* 213. *D. de verborum ſignificatione:* & poſtquam venit, jam admonitus eſt ejus adventu debitor. ſcit enim, creditorem voluiſſe, ſibi ſolvi ea die in quam concepit ſolutionem. hæc igitur eum pro homine interpellat: ut optime Juſtinianus *l.* 12. *C. de contrahenda ſtipulatione*, & ante eum Papinianus *l.* 9. §. 1. *D. de uſuris:* cum ait, *uſurarum ſtipulationem, quamvis debitor non conveniatur, committi.* agit enim de ſolutione in diem concepta: ut ex conjunctione *principii & d.* §. 1. *ejuſdem capitis* intelligitur. idque tum maxime verum eſſe, ſi ſit quod debitori imputetur, in anteceſſum dixi *h. lib. c.* IV. cui nunc addo Africanum *l.* 23. *D. de obligationibus & actionibus.* verba Africani. *Trajectitiæ pecuniæ nomine, ſi ad diem ſoluta non eſſet, pœna (uti adſolet) ob operas ejus qui eam pecuniam peteret, in ſtipulationem erat deducta: is qui eam pecuniam petebat, parte exacta petere deſierat: deinde interpoſito tempore interpellare inſtituerat. Conſultus reſpondit, ejus quoque temporis quo interpellatus non eſſet, pœnam peti poſſe; amplius etiam ſi omnino interpellatus non eſſet: nec aliter non committi ſtipulationem, quam ſi per debitorem non ſtetiſſet, quo minus ſolveret: alioquin dicendum eſt, ſi is qui interpellare cœpiſſet, valetudine impeditus interpellare deſiiſſet, pœnam non committi.*

Sed non illis tantum in ſpeciebus ex re mora fit; ſed etiam in legatis & fideicommiſſis quæ piis cauſis relinquuntur. de his enim ſic conſtituit Imp. Juſtinianus *l.* 46. §. 4. *C. de Epiſcopis & Clericis. Supra autem omne tempus quo diſtulerint facere diſpoſita ſcripti heredes, eos cogi ſolvere & fructus, & reditus, & omnem legitimam acceſſionem a tempore ejus qui diſpoſuit, mortis; ſancimus, non inſpecta mora a litis conteſtatione aut conventione, ſed ipſo jure intellecta (quod dicitur vulgo) mora præceſſiſſe, & locum habente fructuum & aliarum rerum acceſſione.*

Idem eſt, ſi emptor rei emptæ poſſeſſionem accipit, neque pretium ſolvit. ſtatim enim ad uſuras tenetur; etſi a venditore interpellatus non ſit, auctore Paulo *lib.* 2. *Sent. tit.* 17. §. 9. & hoc Ulpianus vult *l.* 13. §. 20. *D. de actionibus empti & venditi:* cum ſic ſcribit, *Veniunt autem in hoc judicium infra ſcripta: in primis pretium, quanti res venit: item uſuræ pretii poſt diem traditionis; nam cum re emptor fruatur, æquiſſimum eſt, eum uſuras pretii pendere.* Ait, in actionem venditi venire pretium, quanti res venit; etiam uſuras ejus. ex quo tempore? poſt diem traditionis. ſaltem, ſi interpellatus ſit emptor. imo, etſi non ſit. nam, cum emptor re fruatur, æquiſſimum eſt, eum uſuras pretii pendere. id enim vult juris gentium ratio, diſtinctis dominiis: nempe, ne venditori jus ſuum inane ſit, cum emptori utile eſt: ſed ut emptor fructus ſuos capit ex re empta; ſic ut venditor quoque fructus pretii rei venditæ accipiat. quod ſi non ſit, etſi nulla intervenerit interpellatio, nec intelligatur mora ex perſona fieri; tamen ipſa re, id eſt, ipſo jure, mora fieri intelligitur.

Simile in fiſco jus eſt. nam & ei ex contractibus ſuis debentur uſuræ tardioris ſolutionis; etſi nulla mora ex perſona interveniat, auctore Paulo *l.* 17. §. 5. *D. de uſuris.* verba Pauli. *Fiſcus ex ſuis contractibus uſuras non dat; ſed ipſe accipit: ut ſolet a foricariis, qui tardius pecuniam inferunt; item ex vectigalibus.* Paulus *foricarios* appellat eos qui a fiſco foricas conducunt. quorum Juvenalis meminit *ſat.* 3. *verſ.* 38.

— — — Inde reverſi
Conducunt foricas. — — —

Hi autem qui ſint, dubitari oſtendit vetus Scholiaſtes; cum ſcribit. *Foricas, ſtercora, hoc eſt vectigal. forire eſt * non foras ejicere.*

* forte, *onus foras.*

ximianus *l.* 5. *C. de actionibus empti & venditi:* cum Decimo ſic reſcribunt, *Curabit Præſes provinciæ, compellere emptorem qui nactus poſſeſſionem fructus percepit, partem pretii, quam penes ſe habet, cum uſuris reſtituere: quas & perceptorum fructuum ratio, & minoris ætatis favor (licet nulla mora interceſſerit) generavit.* Proponitur Decimus minor quam quinque & viginti annis, vendidiſſe fundum, ejuſque poſſeſſionem emptori tradidiſſe, tantum accepta ab eo pretii parte. quæritur, quid juris ſit de parte quam emptor penes ſe habet. ajunt Imperatores, eum cogendum, & hanc partem Decimo reſtituere: at non ſolam, ſed cum uſuris. quæſo, qua cauſa? quia & perceptorum fructuum ratio, & minoris ætatis favor, uſuras generavit, licet nulla mora interceſſerit. id vero valet, quod, ut mora non fuerit ex perſona, tamen ex re nata eſt, cum ob fructus, ab emptore perceptos poſt traditam poſſeſſionem, tum ob favorem minoris ætatis. volunt igitur Imperatores, Decimo deberi uſuras partis pretii; non quia nulla interceſſit emptoris mora: ſed quia mora ex re accuſatur *d. l.* 26. §. 1. *D. de fideicommiſſariis libertatibus:* quæ non vera mora eſt, ſed quaſi, & impropria, ac per ſimilitudinem. Nec id in hoc ſaltem caſu, ſed in aliis quoque, evenit, ut quod improprium eſt, propter ſimilitudinem eodem vocabulo comprehendatur. Senecam audi *lib.* 5. *De beneficiis c.* 13. verba Senecæ. *Quædam etiamſi vera non ſint, propter ſimilitudinem eodem vocabulo comprehenſa ſunt. ſic pyxidem & argenteam & auream dicimus. ſic illiteratum non ex toto rudem, ſed ad literas altiores non perductum. ſic qui male veſtitum & pannoſum vidit, nudum ſe vidiſſe dicit.* Similiter mora ex re non eſt vera mora, ſed inſtar moræ, accipitur; atque ideo, ſi comparetur cum ea quæ ex perſona fit, & vera ac propria mora eſt, non intelligitur mora: tantum quia non per omnia mora eſt, ſed favore perſonæ, non in perpetuum, ſed interim, dum major fiat, ad inſtar moræ accipitur; cum vera mora perpetua ſit: ut pulchre obſervat Papinianus *l.* 87. §. 1. *D. de legatis lib.* 2. his verbis, *Uſuras fideicommiſſi poſt impletos annos viginti quinque, puellæ, ex quo mora facta eſt, deberi reſpondi: quamvis enim conſtitutum ſit, ut minoribus viginti quinque annis uſuræ omnimodo præſtentur, tamen non pro mora hoc habendum eſt; quam ſufficit ſemel interveniſſe, ut perpetuo debeantur.* Sed de *d. l.* 5. vel nimis. niſi addendum adhuc; quod ſeparata ab ea eſt *d. l.* 3. *C. In quibus cauſis in integrum reſtitutio neceſſaria non eſt:* cum olim ei cohæſerit. eſt enim eadem utriuſque Inſcriptio; etiam idem utriuſque tenor: imo eſt in poſteriore ratio prioris. quid, ſi ex utriuſque conjunctione facile ad certum accedit ſenſus, hactenus ſaltem probabilis. ſed is liquebit facta utriuſque loci conjunctione: cujus hoc appoſui exemplum. *Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Decimo. Curabit Præſes provinciæ, compellere emptorem qui nactus poſſeſſionem fructus percepit, partem pretii quam penes ſe habet, cum uſuris reſtituere: quas & perceptorum fructuum ratio, & minoris ætatis favor (licet nulla mora interceſſerit) generavit.* quando *in minorum perſona re ipſa (&) ex ſolo tempore tardæ pretii ſolutionis, recepto jure moram fieri creditum eſt: in his videlicet, quæ moram deſiderant, id eſt, in bonæ fidei contractibus, & fideicommiſſis & legatis.* Hanc conjunctionem quæ eſt elegans, ipſe non animadverti priore Operis hujus editione, ſed eam debeo induſtriæ & humanitati Doctiſſimi Viri, Johannis Van de Water, Juriſconſulti Ultrajectini, auditoris quondam mei; qui eam mihi deinde in familiari ſermone ſuggeſſit. quod reticere neque volui, neque debui.

Cæterum ex his intelligi quoque poterit ſequens Papiniani locus in *l.* 1. §. 1. *D. de uſuris. Si ſocius ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaſerit, vel in ſuos uſus converterit, omnimodo, etiam mora non interveniente, præſtabuntur uſuræ.* Significat, ſocium, ſi communem pecuniam invaſerit, vel in uſus ſuos converterit, etſi a ſocio interpellatus non ſit, ei ad uſuras teneri. Juſtiſſime: quippe convenit diſtinctis dominiis, ut qui reſcierit, quid ab alio ad ſe veniſſe, ei hoc ultro reſtituat. ſed nec agit ſocius quod ſocii ſit, volens ſibi quod ſocio nolit; quia ſocietas (ut oſtendi *lib.* 1. *c.* v.) animorum æquatio eſt, & quædam veluti imago fraternitatis. Igitur quo tempore ſocius communem invadit pecuniam vel hanc lucrandi animo in uſus ſuos convertit, & pro ſocio, & furti, tenetur. *l.* 45. *D. Pro ſocio.* ac, quamquam a ſocio non interpellatur, tamen & vi dominii, & ſocietatis, id eſt, ipſa rerum veritate, in mora conſtituitur *l.* 8. §. 1. & *l. ult. D. de condictione furtiva*, *l.* 19. *D. de vi & vi armata*; denique, omnimodo uſuras præſtabit, etiam mora non interveniente, id eſt, etiam ſine perſonæ interpellatione, quæ proprie mora appellatur.

Idem vel ſimile in depoſito eſſe, Gordianus auctor eſt; ſi depoſitarius re depoſita uſus ſit, invito domino *l.* 3. & 4. *C. depoſiti vel contra.*

CAPUT XI.

Uſque ad quem diem uſuræ in bonæ fidei judiciis debeantur officio Judicis? ſenſus l. 1. §. 2. D. de uſuris, & quorumdam aliorum capitum.

Ex his apparet, uſuras in bonæ fidei judiciis officio Judicis plerumque ex mora deberi: interdum etiam omnimodo, mora non interveniente. quamdiu? uſque in diem condemnationis. Quid, ſi condemnatus tardius pareat ſententiæ? ait Papinianus *l. 1. §. 2. D. de uſuris. Nec tamen judex bonæ fidei recte jubebit interponi cautiones, ut ſi tardius ſententiæ condemnatus paruerit, futuri temporis pendantur uſuræ.* Papinianus ſignificat, quod Judex datus in bonæ fidei judiciis, etſi reum condemnet in uſuras præteriti temporis uſque in diem ſententiæ, tamen non poteſt eum cogere ad interponendam cautionem de præſtandis uſuris poſt tempora judicati. & utitur Papinianus ratione; ea ratio eſt, *quia in poteſtate actoris eſt, judicatum exigere.* ſed ea levior ratio eſt, quam ut ſufficiat. nam, quod poteſt actor ſibi cavere, inſtituta actione rei judicatæ, non eo pertinet, ut propterea aliter ſibi conſulere non debeat. Utitur igitur Paulus *d. l. 1. §. 2.* alia ratione; cum in Notis ſubjicit, *Quid enim pertinet ad officium Judicis futuri temporis tractatus?* Eroteſis eſt, frequens Veteribus: cujus ſenſus eſt, quod ad Judicem non pertinet futuri temporis tractatus. atque is ſenſus clarior erit: cogitantibus, quod uſuræ in bonæ fidei judiciis currunt ad ſententiam: poſt conſiſtunt intra tempora judicati quæ reo humanitatis cauſa indulgentur *l. 16. §. 1. D. de compenſationibus*, & ideo a mora eum excuſant. his vero finitis, rurſus currunt uſuræ, at non veteres, ſed novæ, atque ipſæ ex cauſa rei judicatæ, nec ante, quam ſi conventio facta, & poſt eam mora commiſſa, ſit: ut paulo poſt oſtendetur ex uſu ejus ſeculi. quod ſi eſt; apparet, ad Judicem non pertinere futuri temporis tractatum: quia oportet eum, cum ſententiam dicit, officio ſuo ſungi circa uſuras quæ in judicio fuere. hæ vero non aliæ ſunt, quam quæ tum cucurrere. cæterum, ſi quæ poſt futuræ ſperentur ex cauſa judicati, ad eas non poteſt ejus officium reſpicere; quia illæ in judicio non fuere; & cum exiſtent, non erit Judex, ejus officio per ſententiam jam finito, & in actione rei judicatæ deinde a Prætore alio Judice conſtituendo.

At enim Papinianus *l. 41. D. de judiciis* ſcribit, *In omnibus bonæ fidei judiciis, cum nondum dies præſtandæ pecuniæ venit, ſi agat aliquis ad interponendam cautionem, ex juſta cauſa condemnationem fieri.* Poteſt igitur ad officium Judicis pertinere etiam futuri temporis inſpectio. Sed videamus, ne id obtineat in futuro tempore, quod ex præſente pendeat. loquitur enim Papinianus de obligatione in diem: cujus executio differtur; cum ipſa præſens ſit *l. 46. D. de verborum obligationibus:* ceſſit enim in ea dies, ſed nondum venit *l. 213. D. de verborum ſignificatione:* ac non poteſt ex ea agi ante diem, ut ſolutio fiat; ſed ſi non hæc petatur; ſed cautio: recte exiſtimat Papinianus *d. l. 41.* convenire officio Judicis bonæ fidei, obligationem cujus dies ceſſit, etſi nondum venit, cautionibus interpoſitis ſervare tempori quo executioni dari poſſit. cæterum, ſi quid futurum ſit ita, ut non pendeat ex præſente tempore: (quod fit, ſi quæſtio ſit de futuris uſuris poſt condemnationem) magis eſt, ut non videatur ejus tractatus ad officium Judicis pertinere: quia quod non debetur, non venit in judicium, etſi aliquando futurum ſit, ut debeatur. nova igitur actione opus eſt, auctore Papiniano *d. l. 1. §. 2. D. de uſuris*, ſive nova interpellatione: ut Paulus & Javolenus loquuntur *l. 23. & l. 35. D. de judiciis, & l. 14. §. ult. D. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ actione.*

Sed obſtat *l. 1. C. de ſententiis quæ ſine certa quantitate proferuntur:* in qua Severus & Antoninus ſic reſcribunt, *Cum judicem quoad pecunia condemnationis ſoluta fuiſſet, de pendendis uſuris legem dixiſſe profitearis: non contra juris formam ſententiam datam, palam eſt.* Volunt Imperatores, valere ſententiam qua Judex jubet, pendi uſuras pecuniæ in condemnationem deductæ, donec pecunia ſolvatur. volunt igitur, valere ſententiam qua Judex de futuris uſuris pronuntiat. Niſi proponitur ibi actum actione rei judicatæ: in eaque Judex a Prætore datus: qui Judex pronuntiavit, uſuras rei judicatæ ſolvi, quoad ſoluta eſſet pecunia, actori priore judicio adjudicata: & quia in ſententia non expreſſit aut pecuniæ, aut uſurarum, quantitatem: quæritur, an valeat ſententia? quod putant Imperatores. ſcilicet, quia ex priore ſententia apparet quantitas condemnationis, eamque indigitat Judex hac ſequente. certæ quoque ſunt uſuræ rei judicatæ definitione juris publici. certa eſt igitur ſententia. At Judex pronuntiat de futuris uſuris. Ne puta. magis pronuntiat de his quæ poſt tempus judicati debentur; facta jam conventione: quam fieri neceſſe erat tempore Severi & Antonini. quo nondum currebant uſuræ rei judicatæ ipſo jure, ſed demum poſt actoris interpellationem. Nec verbis opus: reſpicit eo Papinianus *l. 1. §. 2. D. de uſuris*; cum negat, Judicem judicii bonæ fidei recte jubere interponi cautiones; ut, ſi tardius ſententiæ condemnandus paruerit, futuri temporis

poris uſuræ pendantur: & addit cauſam, quæ cauſa eſt, *quia in poteſtate actoris eſt judicatum exigere.* Similiter placuit Imppp. Gratiano, Valentiniano, & Theodoſio *l. unic. Cod. Theod. de uſuris rei judicatæ*, reum poſt tres menſes a lata ſententia ad duplices centeſimas teneri: ſed non alias, quam interpellatum. Quod notandum eſt: quia a Juſtiniano poſt mutatum *l. 2. & 3. C. eod. tit.* etiam olim in fiſco non obtinuit ex Antonini Conſtitutione quæ eſt in *l. 1. C. eod. tit.* ut oſtendo alibi.

Caput XII.

Uſuras in ſtricti juris judiciis officio Judicis non deberi, ne a tempore quidem litis conteſtatæ.

Igitur in bonæ fidei judiciis, & ſi quæ eis comparentur, uſuræ ex mora debentur officio Judicis, etſi non ſint promiſſæ. in judiciis autem ſtricti juris quamquam ex ſtipulatu peti poſſint; ſi præcedente interrogatione, promiſſæ ſint: tamen, ſi non ſint promiſſæ, ex mora non debentur officio Judicis: eſtque inſignis error exiſtimantium, (quamquam jam ſeculi moribus obtineat) uſuras in ſtricti juris judiciis poſt litem conteſtatam, etiam non promiſſas deberi. Scio, movet eos, quod vulgo receptum eſt, actori cauſam, poſt litem conteſtatam, præſtari in eum diem quo ſententia dicitur; quia quale eſt, cum petitur, tale dari debet, in his quoque judiciis quæ non ſunt arbitraria, nec bonæ fidei *l. 31. D. de rebus creditis.* Verum hoc non ad uſuras, ſed ad fructus in primis, & pauca alia, refertur *l. 2. l. 3. §. 1. D. de uſuris.* At enim Ulpianus *l. 34. D. de uſuris* ſcribit, *Uſuras vicem fructuum obtinere, & merito non debere a fructibus ſeparari.* Et ita eſt: ſed, ſi Ulpianum audimus, non ubique: ſed *in legatis & fideicommiſſis, & in tutelæ actione, & in cæteris judiciis bonæ fidei ſervatur.* atque, ut ſupra dixi, id non eorum vi ac natura, ſed Principum Conſtitutionibus, receptum. ad alia igitur in quibus conſtitutum non eſt, porrigendum non eſt. imo contra eſt in his ſervandum, quod ex vetere jure ait Pomponius *l. 121. D. de verborum ſignificatione*, Uſuram pecuniæ quam percipimus, in fructu non eſſe: quia non ex ipſo corpore, ſed ex alia cauſa eſt, id eſt, nova obligatione. Ut autem clarior ſit legis ſenſus, obſervandum eſt, deſumptam eſſe ex Ulpiani lib. 15. Ad Edictum ex quo item *l. 20. l. 25. l. 27. & l. 29. D. de hereditatis petitione:* atque adeo reſpicere ad Senatuſconſultum de hereditatis petitione, cujus verba exſtant in *d. l. 20. §. 6.* neque aliud velle, quam hereditatis poſſeſſorem ex eo Senatuſconſulto teneri, heredi atque uſuras reſtituere, ſi quas ex pecunia hereditaria accepit, atque fructus ex rebus hereditariis perceptos: quam ob rem? quia uſuræ obtinent vicem fructuum, & merito non debent a fructibus ſeparari. idque confirmari eo, quod in legatis, & fideicommiſſis, & in tutelæ actione, & in cæteris bonæ fidei judiciis ita obſervatur poſt Conſtitutionem D. Pii: ut ſupra dictum. quid ni igitur in petitione hereditatis? Reſpondi primo argumento, quo decepti ſunt homines docti. Venio ad alterum, quod petitur ex *l. 35. D. de uſuris:* in qua Paulus ait, *Lite conteſtata uſuræ currunt.* ſic autem exponitur, quaſi velit, lite conteſtata, uſuras incipere currere: quo ſenſu ea vox accipitur ab ipſo Paulo *l. 40. D. de rebus creditis*, & Ulpiano *l. 7. §. 7. D. de adminiſtratione tutorum.* At non eſt illa, etſi videtur, Pauli ſententia, uſuras, ſi ante litem conteſtatam non cucurrerint, poſt eam incipere currere: hæc eſt, uſuras, ſi ante cucurrerint, poſt litem conteſtatam adhuc pergere currere: quomodo apud Perſium *Sat. 5. verſ. 149.* dicitur *pergere ſudare*, pro ſudare, in his verbis.

Quid petis? ut nummi quos hic quincunce modeſto
Nutrieras, avidos pergant ſudare deunces.

Quod Caſaubonus ibi animadvertit. Impp. Severus & Antoninus, ſub quibus floruit Paulus, *l. 1. C. de judiciis* ſic pronuntiant, *Judicio cœpto, uſurarum ſtipulatio non eſt perempta.* Et ante eos Pomponius *l. 90. D. de verborum obligationibus*, *Etiamſi*, inquit, *ſortis obligatio in judicium ſit deducta, adhuc tamen pœna creſcit.* Hoc vero eſt, quod Paulus ait, *lite conteſtata, uſuras currere*, ſive, non deſinere currere: pariter ut Marcellus *l. 2. D. Pro donato* ait, *Curret uſucapio*, pro perget currere. Atque id expeditius erit, adhæc reputantibus, *d. l. 35.* eſſe partem *l. 18. D. de novationibus.* eſt enim utraque ex eodem Pauli *lib. 57. Ad Edictum*, ac fere ſic conjungenda, *Novatione legitime facta, liberantur hypothecæ, & pignus, uſuræ non currunt: lite conteſtata, uſuræ currunt.* ſenſus eſt; novatione quidem quæ voluntate creditoris & debitoris legitime facta ſit, & hypothecas liberari, & pignus, uſuras quoque deſinere currere; nempe, quia principali obligatione creditoris voluntate extincta, deinde nec ea quæ acceſſoria ſunt, ſubſiſtunt. at ſi lis ſit inter creditorem & debitorem conteſtata, etſi idem videri poſſit, quia & litis conteſtatione novatio fieri intelligitur: tamen non eſſe idem ſcilicet, quia ea novatio fit neceſſitate, atque ideo ea plerumque melior fit actoris conditio, deterior non fit *l. 29. D. de novationibus.* lite igitur conteſtata uſuræ currunt: id eſt, ſi ante cucurrerint, poſtea non deſinunt currere; ſed ſi ante non cucurrerint, propter litem conteſtatam, non incipiunt currere.

rere. quamquam poſt ſententiam, ſi non ſolvatur res judicata intra tempus, quod condemnatis indulgetur, placuit, ejus uſuras deinde incipere currere ex cauſa judicati *l.* 2. & 3. *C. de uſuris rei judicatæ.*

CAPUT XIII.

In arbitrariis judiciis uſuras officio Judicis numquam deberi quaſi uſuras, ſed quaſi id quod intereſt aliquando deberi. & cur? Ulpianus l. 29. §. 2. D. de Ædilitio Edicto explicitus.

Poſtquam dixi, quis uſurarum uſus ſit in judiciis bonæ fidei & ſtricti juris; vult ordo, & arbitrariorum rationem paucis examinari. Pendent ea judicia (quod & nomen indicat) a Judicis arbitrio §. 31. *Inſt. de actionibus.* Sed Conſtitutio quæ uſuras officio Judicis introduxit, tantum fuit de bonæ fidei judiciis, deque legatis, ac fideicommiſſis, locuta: de actionibus autem arbitrariis locuta non fuit; non magis, quam de judiciis ſtricti juris. non igitur in arbitrariis uſuræ officio Judicis debentur: quia in his neque ante eam Conſtitutionem obtinuere, neque per eam, aut aliam, poſt introductæ ſunt. Poſſint tamen in his aliquando adjudicari; non quaſi uſuræ, ſed quaſi id quod intereſt: fere ſimili ratione qua uſuras in bonæ fidei judiciis ante eam Conſtitutionem ex Labeonis auctoritate admiſſas fuiſſe, in anteceſſum oſtendi ex *l.* 60. *D. Pro ſocio.*

Ne res exemplo egeret, Ulpiani verba adſcripſi ex *l.* 29. §. 2. *D. de Ædilitio Edicto.* Ulpiani verba, *Condemnatio autem fit*, quanti ea res erit. *Ergo excedet pretium, an non videamus? Et quidem continet condemnatio pretium acceſſioneſque. An & uſuras pretii conſequatur, quaſi quod ſua interſit debeat accipere: maxime cum fructus quoque ipſe reſtituat? Et placet conſecuturum.* Ulpiani ſermo eſt de reſtitutione pecuniæ quam venditor emptori, re redhibita, facere debeat. ea autem pecunia petitur actione empti *l.* 11. §. 3. *D. de actionibus empti & venditi*, quæ eſt bonæ fidei: etiam Ædilitia in factum, quam arbitrariam eſſe, apparet ex *d. l.* 29. *pr.* & §. *ult.* & *l.* 31. §. 9. & §. 13. *D. de Ædilitio Edicto.* utraque ad id quod intereſt competit. Sed Ulpianus *d. l.* 29. §. 2. agit de actione Ædilitia in factum arbitraria. in ea actione uſuræ proprie non veniunt officio Judicis: quia id nulla placuit Conſtitutione. putat tamen Ulpianus, emptorem ea actione poſſe conſequi uſuras pretii, non quaſi uſuras, ſed quaſi id quod ſua intereſt: ejuſque rei hanc rationem eſſe, quod in arbitraria actione Judicis æſtimatio eſt, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat: &, cum emptor venditori in redhibitione non modo rem, ſed & fructus ejus, reſtituat, viciſſim æquo & bono convenire videtur, ut venditor emptori non modo pretium, ſed uſuras quoque, quaſi id quod ejus interſit, reſtituat. præſertim, cum uſuræ fructuum vicem præſtent: nec æquitas patiatur, venditorem ſimul & rei, & pecuniæ fructus habere cum injuria emptoris.

CAPUT XIV.

Uſuras tolli, ſorte ipſo jure ſublata, ut ſolutione: ſed futuras, non præteritas: maxime, ſi conventione debeantur. Quid, ſi veniant officio Judicis? Uſuras etiam cæteris tolli modis quibus obligatio ipſo jure exſtinguitur: ut compenſatione & novatione.

Supereſt, ut videamus, quibus modis uſuræ deberi deſinant: ſunt autem plures. ex quibus primum ponam ſolutionem ſortis. nam ea liberatur debitor obligatione ex qua uſuras debet: ſublato autem principali debito, non poteſt uſuris, id eſt, acceſſioni, locus eſſe *l.* 178. *D. de regulis juris.* & hoc nulli dubium eſt, ſi quidem agatur de futuris uſuris. nam, cum pro uſu ſortis debeantur, non poſſunt intelligi, ſublato uſu pro quo debentur. Ita cauſam habet daniſta, apud Plautum: cum negat ſortem accipere; niſi prius ſoluto fœnore, *Moſtellaria* 3. 1. his verbis.

TR. Sortem accipe. DA. imo fœnus. id primum volo.

Eodem reſpicit illud Artemidori *lib* 4. *Oneirocritic. c.* 82. *Quidam filios ſibi naſci cupiens, viſus eſt ſibi occurrere debitori, & debitum accipere, & debitori apochen, & receptæ debitæ pecuniæ teſtimonium dare, atque ſomnium quidem ſic habebat. Narrat autem quod cum ſomniorum interpretes in Alexandria ipſum judicare non poſſent, dubius homo, quidnam ſomnium ſignificaret, ſupplicaverit Serapidi, ut ipſi ænigma interpretaretur. Et ſane viſus eſt ſibi, Serapin ipſi dicere, non erunt tibi filii: qui enim apochen exhibuit, uſuram non accipit. appellatur autem Græcis omnis partus ac prognatus filius τόκος, qua voce etiam uſura ſignificatur.* De præteritis autem uſuris ſi quæratur, diſtinguendum eſt, utrum ex conventione debeantur: an aliter. nam, ſi ſtipulatio, verbi gratia,

tia, intervenerit, quamquam ſublata ſorte, tamen uſuræ debentur. quippe cum duæ ſint obligationes, una ſortis, altera uſurarum *l.* 75. §. *pen. D. de verborum obligationibus*, *l.* 8. *D. de eo quod certo loco:* ex quibus illa, quæ ſortis eſt, ſublata; nil vetat, hanc, quæ uſurarum eſt, exiſtere; quia in ea uſuræ non ut acceſſio principalis obligationis habentur; ſed ut debitæ ex nova cauſa, id eſt, ex nova obligatione *l.* 121. *D. de verborum ſignificatione.* Sic, ſi ex conventione veniant uſuræ. at ſi aliter debeantur ex mora, contra dicendum eſt: quia tum non ex obligatione proficiſcuntur, ſed officio Judicis applicantur *l.* 54. *D. Locati conducti:* denique, non duæ ſunt obligationes: altera uſurarum, ut in ſuperiore caſu: ſed una obligatio ſortis; qua per ſolutionem conſumpta, nec actio, nec Judicis officium, nec uſurarum petitio ſupereſt. Atque hoc Hermogenianus indigitat *l.* 49. §. 1. *D. de actionibus empti & venditi:* cum ſic definit, *Pretii ſorte, licet poſt moram ſoluta, uſuræ peti non poſſunt, cum hæ non ſint in obligatione, ſed officio Judicis præſtentur.* Idemque eſt: ſi, cum uſuræ officio Judicis debeantur in bonæ fidei judiciis, Judex eas in condemnatione omiſerit, nec provocatio ſequuta ſit *l.* 4. *C. Depoſiti vel contra l.* 13. *C. de uſuris:* licet in illis quæ ſtipulatu debentur, aliud jus ſit *l.* 8. *D. de eo quod certo loco.*

Sed uſuræ non tantum ſortis ſolutione deſinunt; ſed compenſatione quoque *l.* 4. *C. de compenſationibus*, & novatione, maxime ſtipulatione facta: quæ cum contrahentium voluntate principalem tollat obligationem, & civilem, & naturalem; nil mirum, ſi & acceſſoriam tollere videatur *l.* 18. *D. de novationibus.* Quid, ſi litis conteſtatione fiat novatio? ſane ſicut ſtipulatione, ſic judicio accepto, contrahitur, ita ut prior obligatio, ſequuta poſt condemnatione, in judicati obligationem transferatur *l.* 3. §. 11. *D. de peculio. l.* 16. §. 6. *D. de pignoribus.* ſed ea novatio à ſuperiore diſtinguitur. non enim, ut illa, ſponte contrahentium, ſed inter invitos, contingit *l.* 83. §. 1. *D. de verborum obligationibus* ex neceſſitate *l. ult. D. de ſeparationibus*, neque actoris cauſam deteriorem facit; ſed meliorem *l.* 29. *D. de novationibus.* proinde licet novatione, per ſtipulationem facta, uſuræ ſtatim deſinant currere *d. l.* 18. *D. eod. tit.* tamen ſi litis conteſtatione fiat novatio, uſuræ pergunt currere *l.* 35. *D. de uſuris* uſque ad ſententiam; poſt inhibentur, & aliæ ex judicati cauſa ſuccedunt *l. ult. C. de uſuris rei judicatæ.*

Caput XV.

De oblatione, obſignatione, & depoſitione, ſortis & uſurarum, cum in mora eſt creditor: deque ejus rei effectu. & quid, ſi debitor recipiat pecuniam oblatam, obſignatam, & depoſitam? an & quando, facta oblatione, nec ſequuta obſignatione ac depoſitione, principalis tollatur obligatio, & utrum ipſo jure, an ope exceptionis? Sabinianorum & Proculianorum diſſenſio. Marcellus l. 72. D. de ſolutionibus liberatus malo quo hactenus laboravit. quid in uſuris ex mora debitis, ſive ex ſtipulatu, ſive officio Judicis? Jacobus Cujacius & Antonius Faber refutati. ſimul compoſita inſignis & moleſta lis quæ huc uſque diremit concordiam Papiniani l. 1. §. 3. D. de uſuris, Marcelli & Ulpiani l. 28. §. 1. D. de adminiſtratione tutorum, demonſtrato vario temporum uſu quibus illi floruere. in d. l. 28. §. 1. non apparere Triboniani manum aut culpam: etſi ſuſpicatus ſit Antonius Faber. nec feliciorem eſſe ejus conjecturam de Paulo l. 73. D. de procuratoribus. extricatur locus Scævolæ impeditiſſimus qui eſt in l. 122. §. 5. D. de verborum obligationibus. antichreſin ex ſententia clariſſimorum hominum ſola tolli oblatione. eam ſententiam procul vero eſſe. Antoninus l. 11. C. de uſuris leviter emendatus & illuſtratus. quid in uſuris frugum humidarum aut aridarum?

Tolluntur quoque uſuræ ſortis uſurarumque oblatione, obſignatione, ac depoſitione. finge; debitor uſurarius (ſic enim vocatur *l.* 7. *D. de uſuris*) offert creditori ſortem & uſuras. negat creditor accipere, motus non ratione, ſed commodo uſurarum, & copia debitoris, (morem tangit Seneca *lib.* 2. *De benefic. c.* 17. his verbis, *Male audire ſolet fænerator, ſi acerbe exigit: æque ſi in recipiendo tardus ac difficilis moras quærit*) ſufficit debitori, pecuniam debitam cum uſuris obtuliſſe, obſignaſſe in ſacculo, & depoſuiſſe. non enim patitur ratio, per creditorem ſtare, utrum liberetur debitor qui paratus eſt ei quod debet ſolvere. igitur ſi recuſat creditor ſine cauſa, oblatam cum uſuris ſortem accipere, & debitor conſignatam deponit: etſi proprie nihil ſolvat; tamen, quia pro ſolvente habetur, ſtatim liberatur a ſorte *l.* 9. *C. de ſolutionibus*, & ab uſuris *l.* 6. & *l.* 19. *C. de uſuris.* & hoc

 eſt.

eſt, quod Papinianus *d. l.* 7. ait, *Ex eo die ratio non habebitur uſurarum.* & ante eum Cicero *lib.* 6. *Ad Attic. epiſt.* 1. *Conſiſtere uſura debuit quæ erat in edicto meo. deponere volebant.* Sed ut hoc jus ſit, non ſufficit, obſignatam & depoſitam a debitore eſſe pecuniam; ſed etiam creditori oblatam eſſe oportet *l.* 2. *C. de uſuris*, maxime teſtibus præſentibus *l.* 6. *C. eod. tit.* ſive, (ut Imperator Philippus ait *l.* 19. *C. eod. tit.*) poſt conteſtationem. nempe, ut, ſi facta negetur oblatio, ſint quibus probari poſſit *l.* 2. *C. Debitorem venditionem pignoris impedire non poſſe.* amplius debet creditori debitor totam ſortem offerre, & totius uſuras, atque ipſas opportuno loco & tempore. nam ſi alio loco, aut alio tempore, offerat, aut non omnes uſuras, aut tantum partes ſortis, habet creditor cauſam, cur recuſet ſolutionis acceptionem; & ideo neque debiti liberationem ſequi, neque uſurarum totius debiti præſtationem retardari, verſus eſt *l.* 41. §. 1. *D. de uſuris. d. l.* 9. *C. & l.* 39. *D. de ſolutionibus.*

Sed ut non ſufficit, ſortem cum uſuris obſignatam ac depoſitam eſſe, niſi ante ſit oblata: ſic nec oblatam eſſe ſufficit, niſi & obſignata & depoſita ſit. id enim ad Marcellum notat Ulpianus *l.* 28. §. 1. *D. de adminiſtratione tutorum.* idemque Papinianus requirit *l.* 1. §. *ult. & l.* 7. *D. de uſuris*, etiam Antoninus *l.* 6. *&* 9. *C. eod. tit.* & Philippus *l.* 19. *C. eod. tit.* debet autem depoſita eſſe in loco tuto *d. l.* 28. §. 1. qualis eſt publicus: eumque intelligi ſacratiſſimas ædes, vel ubi competens Judex, ſuper ea re aditus, eas deponi diſpoſuerit, definit Imp. Philippus *d. l.* 19. recte. nam & fani Cicero ea in re meminit *d. epiſt.* 1. *lib.* 6. *Ad Attic.* & pecunias in ædibus ſacris deponi ac publicitus cuſtodiri ſolitas, indicat inter alios Plautus *Bacchid.* 2. *verſ.* 72. Publicus igitur locus Imp. Philippo hoc in caſu eſt ædes ſacra. addit, vel ubi competens Judex ſuper ea re aditus, eas deponi diſpoſuerit: & hujuſmodi caſus eſt in *l.* 56. §. 1. *D. Mandati vel contra.* Hæc, ſi præſens creditor ſit. quid, ſi abſens ſit? debet debitor Præſidem ſuper hoc interpellare *d. l.* 6. *C. de uſuris.*

Igitur oblatio, ſed quam ſequuta eſt obſignatio & depoſitio, obligationem tollit ipſo jure: neque hanc tantum, ſed uſuras quoque. ita fit, ut debitor, quamquam deinde interpelletur a creditore, neque moram facere intelligatur, neque ad ſortem aut uſuras teneri. utique, ſi deinde ſortem cum uſuris non recipiat. nam, ſi id fit, deſinit depoſitio eſſe; & reviviſcit prior actio, ante extincta: quamquam non directa; id enim fieri nequit, ſalvis regulis juris *l.* 66. §. 1. *D. de legatis lib.* 2. *l.* 83. §. 5. *D. de verborum obligationibus:* ſed utilis *l.* 19. *C. de uſuris.* ſcilicet, quia cauſa liberationis ceſſante ex facto debitoris, & liberationem ceſſare neceſſe eſt. Unde conſequens eſt, ut debitor, ſi deinde interpellatus a creditore non ſolvat quod debet, in mora ſit *l.* 17. *D. de periculo & commodo rei venditæ:* priore mora per poſteriorem purgata. debebit igitur debitor rurſus ex eo tempore uſuras ad quas ante depoſitionem & conſignationem tenebatur. Atque hoc Papinianus vult *l.* 7. *D. de uſuris:* ſic reſpondens, *Debitor uſurarius creditori pecuniam obtulit, & eam cum accipere noluiſſet, obſignavit ac depoſuit: ex eo die ratio non habebitur uſurarum. Quod ſi poſtea conventus, ut ſolveret, moram fecerit, nummi ſteriles ex eo tempore non erunt.* Sic Papinianus; ſed quia ſubobſcure, interpretatione adjuvandus erit. obſervandum autem, quod non ait, debitorem, ſi poſt oblatos depoſitoſque nummos a creditore conventus, eos non ſolvat, moram facere; & ideo nummos non fore ſteriles: ſed ait, ſi debitor pecuniam creditori obtulit, & eo non accipiente, conſignatam depoſuit, & poſtea conventus, ut ſolveret, moram fecit, ex eo tempore ſteriles non fore nummos. id vero non vult, uſuras currere ex quo conventus poſt depoſitionem debitor, non ſolvit. id enim non ita eſt, ſi depoſitos nummos non recepit: non enim poteſt jure conveniri adverſus quem actio non eſt: ubi autem deficit actio, etſi conventus debitor ſit, tamen mora non eſt *l.* 88. *D. de regulis juris:* denique, non commiſſa mora, non poteſt debitor ad uſuras teneri. Sed Papinianus vult, quod nummi ſteriles non erunt, non ex eo tempore ex quo, ut ſolvat, conventus eſt: ſed ex quo conventus moram fecit. quod fit, ſi debitor nummos primum depoſuit, deinde recepit, & poſtea conventus, ut ſolvat receptos nummos, non ſolvit. tum enim jure convenitur; & conventus, ſi ceſſat ſolvere, moram facit, & ideo ad uſuras tenetur. Sic, ſi oblatio, obſignatio, ac depoſitio, intervenerit.

Sed quid, ſi oblatio facta ſit ſine ſequente obſignatione ac depoſitione? non liberatur debitor, quamdiu exſtat res oblata: ſed, ſi periit, liberatur; ſive culpa ejus periit, ſive ſine culpa; modo ſi non dolus accuſetur *l.* 9. *D. Soluto matrimonio. l.* 17. *D. de periculo & commodo rei venditæ.* liberatur vero non ipſo jure, etſi exiſtimavit Maſſurius Sabinus, probante Javoleno *l.* 105. *D. de verborum obligationibus*, ſed ope exceptionis: quam maluiſſe videntur Proculiani; quorum obtinuit ſententia, maxime in judiciis ſtricti juris *l.* 73. §. *ult. D. de verborum obligationibus l.* 84. §. 3. *D. de legatis lib.* 1. nam in bonæ fidei judiciis debitor adhuc ipſo jure liberatur. non, quod in bonæ fidei judiciis non eadem debitori competat doli mali exceptio: ſed quod, cum eadem ſit in utroque genere, aliter in bonæ fidei, aliter in ſtricti juris, judicio exercenda ſit: propterea quod exceptio bonæ fidei judicio ineſt; ſtricti autem juris judicio

non

non ineſt. in altero igitur judicio eam in jure conteſtari, & a Prætore formulæ inſeri, oportet; ut poſt litem conteſtatam deinde uſum inveniat apud Judicem. in altero eam in jure apud Prætorem conteſtari ac formulæ inſeri nihil attinet; quia etiam omiſſa apud Prætorem, poſt litem conteſtatam uſum invenit apud Judicem: ut oſtendi *lib.* 1. *De juriſdictione & imperio c.* 13 Utrumque probat Marcellus *l.* 72. *D. de ſolutionibus.* verba Marcelli. *Qui decem debet, ſi ea obtulerit creditori, & ille ſine juſta cauſa ea accipere recuſavit, deinde debitor ea ſine ſua culpa perdiderit: doli mali exceptione poteſt ſe tueri, quamquam aliquando interpellatus non ſolverit. etenim non eſt æquum, teneri pecunia amiſſa, quia non teneretur, ſi creditor accipere voluiſſet. Quare pro ſoluto id in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet eſſe. Et ſane ſi ſervus erat in dote, eumque obtulit maritus, & is ſervus deceſſit, aut nummos obtulit, eoſque non accipiente muliere perdiderit: ipſo jure deſinet teneri.* Sic in omnibus exemplaribus editur. auſim tamen legere, *Qui decem debet, ſi ea obtulerit creditori, & ille ſine juſta cauſa ea accipere recuſavit, deinde debitor ea perdiderit, doli mali.* & reliqua. nam verba, *ſine ſua culpa*, quæ delevi, aliena ſunt: ut alias (ſi Deus ſinet) paulo uberius demonſtrabo. igitur quamdiu exſtat res oblata, debitorem non liberat nuda oblatio. idque adeo placet; ut, ſi creditor, qui ſine cauſa recuſavit debitum accipere, poſtea petat a debitore, quia jure petit, non ſolventem in mora conſtituat *l.* 17. *D. de periculo & commodo rei venditæ.* hoc vero indicio eſt, actionem nuda oblatione ſtatim non fuiſſe exſtinctam aut ipſo jure, aut ope exceptionis. nam ſi hoc eſſet, non haberet creditor petitionem, ſaltem cum effectu: ea autem deficiente, non poſſet in mora eſſe debitor a quo non poterat peti *l.* 88. *D. de regulis juris. l.* 40. *D. de rebus creditis.* Sed ut ſola oblatione debitor non liberatur a principali debito: ſic nec ab uſuris eum liberari, rationis eſt. utique, ſi ex die conventionis debeantur. tum enim proprie fœnus appellatur: nec reſpicit res ad reparationem damni ex mora facti: ſed ad lucrum.

At quid, ſi ex mora veniant uſuræ? ſunt qui putent, eas ſola oblatione tolli: inter quos familiam ducunt Jacobus Cujacius *ad l.* 122. §. 5. *D. de verborum obligationibus*, & Antonius Faber, *De erroribus pragmaticorum, decad.* 22. *error.* 5. maxime, ſi officio Judicis debeantur uſuræ: & cauſam adferunt. ea cauſa eſt, præcedentem moram ſequente oblatione purgari *arg. l.* 91. §. 3. *D. de verborum obligationibus.* quod ſi placet: idem erit in ſtipulatione qua uſuræ ex mora promittuntur. at hoc nemo dixerit; quin Cujacius refellit & Faber. igitur nec, ſi officio Judicis debeantur, ſola oblatione ſiſtentur. Sed quid eſt? mihi longe aliter videtur. puto, uſuras, ſive ex ſtipulatu, ſive officio Judicis jam incœperint currere ob moram, ſola oblatione non ſiſti: ſed ſi non cucurrerint ante oblationem, poſt eam non incipere currere. Argumenta cedo. accipe ex *l.* 1. §. 3. *D. de uſuris*, *l.* 28. §. 1. *D. de adminiſtratione tutorum*, & *l.* 122. §. 5. *D. de verborum obligationibus*, ipſa vera & pulchra; ſed plenius enarranda. ſunt enim doctrinæ non publicæ, fere ignorantia hiſtoriæ uſurarum. ea certe deceptus Vir prudentiſſimus, Antonius Faber, *d. error.* 5. *n.* 10. ſuſpicatus eſt, in *d. l.* 28. §. 1. aut infelicem Ulpiani interpretationem eſſe, aut Triboniani interpolatione deformatam. quod cum non ſit, utrumque, quantum potero, ea calumnia liberabo. Sed primum exponam verba *d. l.* 1. §. 3. *D. de uſuris.* ea verba ſunt, *Circa tutelæ reſtitutionem pro favore pupillorum latior interpretatio facta eſt: nemo enim ambigit hodie, ſive judex accipiatur, in diem ſententiæ, ſive ſine judice tutela reſtituatur, in eum diem quo reſtituit, uſuras præſtari. Plane, ſi tutelæ judicio nolentem experiri, tutor ultro convenerit, & pecuniam obtulerit, eamque obſignatam depoſuerit, ex eo tempore non præſtabit uſuras.* Cum ait Papinianus, quod *circa tutelæ reſtitutionem latior interpretatio facta eſt pro favore pupillorum:* ſignificat, quod interpretatio laxior & benignior, quam in cæteris bonæ fidei judiciis, de quibus egerat *d. l.* 1. §. 2. & 3. facta eſt circa tutelæ actionem. ſic enim accipienda *tutelæ reſtitutio:* ut in *l.* 28. §. 1. *D. de adminiſtratione tutorum.* inſtituitur enim tutelæ actio poſt pubertatem: & hoc tempore dicitur pupillus in ſuam tutelam venire *pr. Inſt. de pupillari ſubſtitutione*, *l.* 39. *D. de vulgari & pupillari ſubſtitutione*, & ſuam tutelam recipere: ut apud Suetonium, *Claudio c.* 2. cum ante non in ſua, ſed in tutoris, tutela eſſet. Igitur circa tutelæ actionem facta eſt interpretatio latior, id eſt, remiſſior, & benignior, quam in actione pro ſocio, & cæteris bonæ fidei judiciis. quid ita? quia poſtulabat pupillaris ætatis favor, ut uſuræ in tutelæ actione ipſo jure deberentur ſine perſonæ interpellatione: ſive tutor invaſerit, aut in uſus ſuos converterit pupilli pecuniam: ſive eam neque invaſerit, neque in uſus ſuos converterit: quod in actione pro ſocio non eſt. & hoc *hodie* certum eſſe, Papinianus *d. l.* 1. §. 3. ait. *hodie* autem eſt poſt Severi Conſtitutionem de qua alibi monui ex *l.* 26. §. 1. *D. de fideicommiſſariis libertatibus.* Satis de prima Papiniani quæſtione: quæ eſt, ex quo die currant pupillares uſuræ. Sequitur altera, uſque ad quem currant. in ea ſic diſtinguit; aut accipitur Judex tutelæ, aut tutela ſine Judice reſtituitur. primum, ſi Judex accipitur, id eſt, ſi tutelæ agitur, ut ratio reddatur & reliqua ſolvantur; ait Papinianus, uſuras deberi in diem ſententiæ. Paulus *l.* 46. §. 3. *D. de adminiſtratione tuto-*

torum ait, in diem *accepti judicii.* ſed hunc accipe, diem ſententiæ. quo ſenſu ſumitur *l.* 1. *C. Si adverſus rem judicatam, & in l.* 29. §. 3. *D. de legatis. lib* 3. *junct. l.* 29. §. *ult. D. de evictionibus*; etſi alias diem litis conteſtatæ ſignificet. Hoc, ſi judex tutelæ accipitur. quid, ſi ſine eo reſtituatur tutela? ait Papinianus, uſuras præſtari in eum diem quo tutela reſtituitur: id eſt, quo ratio redditur, & reliqua ſolvuntur. quod Ulpianus probat *l.* 7. §. *ult. D. de adminiſtratione tutorum.* atque hæc certa ſunt Papiniano *d. l.* 1. §. 3. niſi tutor nolentem tutelæ judicio experiri ultro convenerit, & pecuniam ei obtulerit, eamque obſignatam depoſuerit. nam, ſi hoc ſit, exiſtimat, tutorem ex eo tempore non præſtare uſuras: aliter ac ſi obtulerit quidem pecuniam, non autem conſignatam depoſuerit tum enim verius eſt, poſt Imp. Severi Conſtitutionem de qua dixi, adhuc ad uſuras eum teneri: quia ea Conſtitutione placuit, in tutela uſuras ipſo jure currere ſine interpellatione: ut autem ſiſtatur iter jam currentium uſurarum, pecunia vel naturaliter ſolvi, vel alioquin offerri, & obſignari, & deponi, debet: ſola autem oblatione, non ſequente obſignatione & depoſitione, non deſinunt uſuræ currere quæ ante cucurrerunt. ſic poſt Severi Conſtitutionem. Cæterum ante hanc non ita fuit. auctor Marcellus *l.* 28. §. 1. *D. de adminiſtratione & periculo tutorum.* verba ejus loci. *Tutor qui poſt pubertatem pupilli negotiorum ejus adminiſtratione abſtinuit, uſuras præſtare non debet, ex quo obtulit pecuniam: quin etiam juſtius mihi videtur, eum per quem non ſtetit quo minus conventus reſtitueret tutelam, ad præſtationem uſurarum non compelli. Ulpianus notat, Non ſufficit obtuliſſe, niſi & depoſuit obſignatam tuto in loco.* Marcellus recte & convenienter uſui ſui temporis negat, tutorem, ſi poſt finitam tutelam ejus adminiſtratione abſtinuit, ad uſuras teneri, ex quo pecuniam obtulit. nempe, quia tutor uſuras Marcelli tempore tantum ex mora debebat; ipſo jure ſine mora non debebat: & quamquam ſola oblatione non poſſent tolli currentes uſuræ; poterat tamen fieri, ut quæ nondum cucurrerant, non inciperent. Sed quod Marcellus de ſui temporis uſu veriſſime ſcripſit; non ita fuit florente Ulpiano, poſtquam Severo viſum fuit, uſuras pupillo deberi non ſolum ex mora, ſed etiam ante moram ipſo jure; & ideo is, *Notis ad Marcellum*, recte obſervat, *non ſufficere* (tutori) *obtuliſſe, niſi & depoſuit obſignatam tuto in loco.* ſcilicet, quia uſuræ, jam ipſo jure currentes ex Severi Conſtitutione ante moram, non videbantur tolli pecuniæ oblatione: niſi ſequuta demum obſignatione & depoſitione. atque hoc ſi eſt: apparet, ab Antonio Fabro V. Cl. *d. error.* 5. *decad.* 22. *n.* 10. neque Ulpianum, neque Tribonianum, ullo caſtigari jure; non animadverſa juris mutatione tam notabili. Sed neque felicior ejus conjectura eſt circa hæc Pauli verba *l.* 73. *D. de procuratoribus. Sed hoc conſtat, ut ante litem conteſtatam Præſes jubeat in æde ſacra pecuniam deponi: hoc enim fit & in pupillaribus pecuniis.* Quod enim de pupillaribus pecuniis dicitur, Faber non Pauli, ſed Triboniani, eſſe opinatur: cum in his Triboniani neque culpa, neque manus, ſit. ſed & hic Fabrum fugit uſus juris, Severi Conſtitutione inclinati, & Pauli atque Ulpiani tempore valentis. Dixi de judicio bonæ fidei.

Venio ad judicium ſtricti juris. de eo Scævola (ſic enim cenſeo; quicquid dicat Vir Illuſtris, Jacobus Cujacius) *l.* 122. §. 5. *D. de verborum obligationibus.* verba Scævolæ. *Seja heres unius tutoris cum herede pupillæ tranſactione pacto ſolo facta, majorem partem ſolvit, reſiduam cavit: illico negavit heres ſe tranſactionem ſervare: & apud judicem tutelæ egit, & victus provocavit ad competentem judicem, & ab eo quoque ad Principem idem provocavit: & injuſta hæc quoque provocatio ejus pronuntiata eſt. quæſitum eſt, cum per heredem pupillæ mora interceſſerit, quo minus pecunia in ſtipulationem deducta ab herede tutoris ſolveretur, nec unquam petierit: an ei hodie debeantur uſuræ ab herede tutoris? Reſpondit, ſi Seja non ceſſaſſet ex ſtipulatione pecuniam offerre, jure uſuras non deberi.* Thema hoc eſt. Seja heres tutoris, heredi pupillæ tenetur actione tutelæ. inter eos cum metueretur lis, facta eſt tranſactio ſolo, id eſt, nudo, pacto. ejus tranſactionis lex fuit, ut pupillæ heres, accepta certa ſumma, a lite deſiſteret. Seja majorem ejus ſummæ partem ſolvit, & reliquam cavit: id eſt, promiſit per ſtipulationem. ſic enim accipiendum id verbum: ut apud Paulum *l.* 17. *D. de uſuris*: & in illo Sidonii Apollinaris *lib.* 4. *epiſt.* 24. *Ut chirographo facto docetur, cauta centeſima eſt fœneratori.* igitur Seja, ſoluta majore ejus ſummæ parte, reſiduam ſtipulatione promiſit; ac, ſi quo poſt ſolveret, uſuras. quod etſi palam non dicatur, arguit tenor loci. deinde egit pupillæ heres non actione ex ſtipulatu, ſed tutelæ. erat enim tranſactio facta nudo pacto, neque hanc ſequuta erat Aquiliana ſtipulatio, neque acceptilatio, ſed ſimplex ſtipulatio. ipſo igitur jure ſupererat tutelæ actio; ſed, quia poterat elidi pacti exceptione, & hæc inerat tutelæ actioni, id eſt, bonæ fidei judicio, perinde erat, ſi ad effectum reſpiceretur, ac ſi ipſo jure nulla eſſet actio. egit igitur pupillæ heres actione tutelæ; ac, cum litem amitteret, provocavit ad ſuperiorem Judicem. a quo confirmata priore ſententia, poſtremo Principem appellavit. ſed & hic injuſta ejus provocatio pronuntiata eſt. igitur, cum alia non eſſet provocatio, quæſitum fuit, an uſuræ deberentur a tutoris herede. quærendi cauſa erat, quod uſuras ſtipulatione promiſerat ex mora. at non per eam, ſed per heredem pupillæ, facta videbatur mora,

ipſe

ipſe ſane pecuniam ex ſtipulatu numquam petierat: ſed tutelæ egerat. reſpondetur autem, ſi Seja non ceſſaſſet pecuniam offerre, jure non deberi uſuras. Inde colligit Jacobus Cujacius, uſuras officio Judicis debitas in actione bonæ fidei, qualis eſt tutelæ actio, oblatione ſiſti; etſi nulla ſecuta obſignatione & depoſitione. Male. nam quod Cujacius vult, non vult Scævola. non enim proponuntur ei uſuræ, officio Judicis debitæ in actione tutelæ: ſed proponitur ei nudo pacto eſſe tranſactum de actione tutelæ: & cum major pars, tranſactione debita, eſſet ſoluta, reſidua eſſe cauta, id eſt, ſtipulatione promiſſa, adjecta pœna, ſi in ſolutione ceſſatur: (ſic enim ſuſpicor, & patitur tenor loci) & ideo, ſi ſiſtantur uſuræ nuda oblatione, non ſiſtuntur in actione tutelæ, ſeu bonæ fidei, debitæ officio Judicis; quæ Cujacii ſententia fuit: ſed ex ſtipulatu debitæ jure obligationis in judicio ſtricti juris. hæ quoque uſuræ Scævolæ non proponuntur cucurriſſe jam ex mora, & deinde interveniente oblatione deſiiſſe currere. minime. ſed proponitur Seja heres tutoris, cum pupilli heres pecuniam peteret actione tutelæ, ex qua non debebantur, eam in jure obtuliſſe ex cauſa ſtipulationis: ex qua poterant ei deberi; ſi Seja in mora fuiſſet. jam vero ea nulla intervenit. primum enim non fuit conventa actione ex ſtipulatu: ſed actione tutelæ. deinde, cum fuit conventa, quamquam male, tamen non ceſſavit ex ſtipulatu pecuniam offerre. non igitur Seja, heres tutoris, proponitur in mora fuiſſe; ſed heres pupillæ: & ideo placet, ad uſuras non teneri Sejam, quaſi deficiente conditione ſub qua eas promiſerat. atque id Scævola vult, cum ait, *ſi Seja non ceſſaſſet ex ſtipulatu pecuniam offerre*. ſic enim accipi debet, quaſi dicat, uſuras a Seja non deberi; ſi, cum tutelæ conveniretur, non neglexerit, pecuniam ex ſtipulatu offerre: quia non proponitur fuiſſe in mora, ex qua uſuras promiſerat. utique, ſi pupilli heres oblatam pecuniam numquam deinde petiit ex ſtipulatu qua actione debebat petere. nam, ſi petiit, & Seja non fuit parata ſolvere, adhuc videtur ceſſaſſe, & hac re moram commiſiſſe *l. 3. §. ult. D. de actionibus empti & venditi*.

Hæc igitur obtinent non in præſente, ſed futura, uſurarum obligatione. utrumque indigitat in primis ſpecies quam Antoninus tractat *l. 9. C. de uſuris*. ſpecies Antonini. Titius accipit mutuam pecuniam, & creditori per ſtipulationem promittit minores uſuras, & ſi has ſua die non ſolverit, majores. placet, minoribus ſua die oblatis, ſi eas declinet creditor, oblationem pro præſtatione haberi: etſi nulla ſequatur conſignatio aut depoſitio. eſt enim hujus ſtipulationis, ſi minores ſua die non ſolvantur, majores dari, ſenſus ille, ut majores non debeantur, ſi minores ſua die ſolvantur *l. 40. §. 2. D. de conditionibus & demonſtrationibus*. ea vero conditio pro impleta habetur, ſive debitor minores ſolvat, ſive per eum non ſtet, quo minus ſolvat: quod tum fit, cum minores offert, & creditor negat, eas accipere. receptum enim eſt, quoties per eum cujus intereſt conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac ſi impleta conditio fuiſſet *l. 161. D. de regulis juris*. unde conſequens eſt, ut oblatio, quamquam ſola non ſiſtit curſum debitarum uſurarum, obſtet tamen, quo minus futuræ incipiant. ſed utrumque clare Antoninus *l. 9. C. de uſuris*. verba Antonini. *Si per te non ſtat, quo minus intra tempora præfinita pecuniam minorum ſolveres [uſurarum,] ſed per tutores filiorum creditoris, qui eam accipere noluerunt, idque apud judicem datum probaveris: ejus temporis, quo per te non ſtetiſſe apparuerit, uſuræ majores non exigentur. Quod ſi etiam ſortem depoſuiſti, exinde ex quo id factum apparuerit, in uſuras non convenieris.*

In antichreſi tamen Antoninus ita reſcripſit *l. 11. C. eod. tit. Ex prædiis pignori obligatis creditor poſt oblatam ſibi jure pecuniam quam non ſuſcepit, ſi fructus accepit, exonerari ſortis debitum, certum eſt.* Atque hinc putant eruditiſſimi Interpretes, in antichreſi uſuras ſola ſiſti oblatione. Quod mihi non videtur: & jam ſupra oſtendi, *oblatam jure pecuniam* Antonino eſſe, pecuniam non ſimpliciter oblatam, ſed ut jus præſcribit, id eſt, ſubſecuta conſignatione & depoſitione. ſic enim jus, ut exoneretur ſortis debitum, vult offerri pecuniam; niſi in jure, aut in judicio, fiat oblatio. tum enim ſola ſufficit: Ulpianus certe *l. 30. D. de ſolutionibus* ait, *Si debitor offerret pecuniam quæ peteretur, creditor nollet accipere: Prætor ei denegat actiones.* Et ideo neſcio, an in *d. l.* 11. ſic legi præſtet, *poſt oblatam ſib In jure pecuniam*: ut ſit, *poſt oblatam ſibi in jure pecuniam*. nam *in jure* eſt, apud Prætorem: Sic mihi videtur; eo verius, quia conſentiunt manuſcripti libri: in quibus eſt, *in jure*: præterea non eſt probabilis ratio, cur antichreſis a communi jure exciperetur. nam quod hoc fieri putant, quia antichreſis non conſiſtit intra modum legitimarum uſurarum; & ideo facilius finiri debuit, id falſum eſſe, ſupra oſtendi.

In frugibus tamen conſtituit Imp. Conſtantinus *l. 1. Cod. Theod. de uſuris*: ut, ſi creditor a debitore interpellatus, nolit accipere ſortis uſurarumque ſolutionem; ſola conventio ſive oblatio uſuras ſiſtat, & ſortis obligationem tollat. Sed hoc ſingulari jure receptum, ad conſequentias trahendum non eſſe, ipſa Conſtantini verba indigitant. verba hæc ſunt. *Quicunque fruges (humidas vel arentes) indigentibus mutuas dederint, uſuræ nomine tertiam partem ſuperfluam conſequantur: id eſt, ut ſi ſumma crediti in duobus modiis fuerit, tertium modium amplius conſequantur. Quod*

ſi conventus creditor, propter commodum uſurarum, debitum recuperare noluerit, non ſolum uſuris, ſed etiam debiti quantitate privandus eſt. Quæ lex ad ſolas pertinet fruges. nam pro pecunia ultra ſingulas centeſimas creditor vetatur accipere.

CAPUT XVI.

Quid, ſi obligatio tollatur præſcriptione temporis? Quid, ſi uſuræ pacto convento, ſive expreſſo, ſive tacito, remittantur?

Quid, ſi obligatio non ipſo jure tollatur, ſed exceptione, verbi gratia, triginta annorum? quid dicemus, uſuras finiri? non enim omnium menſium annorumve quibus promiſſæ ſint uſuræ, una eſt ſtipulatio, ſed ſingulorum menſium annorumve ſingulæ ſtipulationes ſunt, conceptæ ſub conditione, niſi ſingulis menſibus anniſve ſoluta fuerit ſors capitalis *l. 40. D. de rebus creditis.* naſcitur igitur pro his ex ſtipulatu actio, non ſtatim, nec ſemel; ſed ſingulis menſibus anniſve quibus debitor ceſſat ſortem ſolvere: & ideo creditor, ſi poſt primi menſis annive lapſum ejus uſuras non petierit intra triginta annos, deinde non poteſt ejus anni uſuras petere, reſiſtente triginta annorum præſcriptione: ſed ſequentium annorum uſuras exigere non prohibetur; quia ea præſcriptio uſuris non nocet; niſi petitæ non ſint intra triginta annos: qui non videntur labi; niſi a die quo nata fuit ex ſtipulatu actio. nata autem fuit non ſemel, nec primo menſe, ſed ſingulis inſecutis menſibus. Nec obeſt, quod cum principalis obligatio tollitur ſpatio triginta annorum, vix cauſa ſit, cur non idem de uſuris jus ſit. Nam ſi uſuræ ſtipulatione ſint promiſſæ, etſi ſortis ſolutione principalis tollatur obligatio, ea tamen uſurarum obligatio non æque tollitur: quia uſuræ ea in ſpecie non ut acceſſio principalis obligationis habentur, ſed ut debitæ ex nova cauſa, id eſt, ex nova obligatione *l. 121. D. de verborum ſignificatione. l. 8. D. de eo quod certo loco.* ac ſicut ſortis ſolutione tolli quidem intelligitur perſonalis actio, ſed uſurarum obligatio non intelligitur tolli: ita ſublata perſonali actione triginta annorum præſcriptione, non utique ſublata intelligitur actio uſurarum: quia triginta anni elapſi ratione ſortis, non ſunt etiam elapſi ratione uſurarum: & ita olim obtinuit ex *l. 7. §. ult. C. de præſcriptione triginta annorum.*

Sed aliter viſum fuit Juſtiniano *l. 26. C. de uſuris.* voluit enim, uſuras tolli non tantum primi menſis annive, ſed etiam ſequentium omnium: modo, ſi poſt primum menſem annumve præterierit ſpatium triginta annorum, neque interea ſors cum uſuris petita ſit. quia enim principalis obligatio tollitur eo tempore, ipſa in totum, etiam ea quæ uſurarum eſt, finiri videtur: non quaſi præſcriptio eam ſuſtulerit ſingulis menſibus; ſed quaſi defecerit acceſſio eſſe ex quo principalis obligatio defeciſſe intelligitur.

Tolluntur igitur uſuræ ſublata ſorte. An & manente? fac, pactum non de ſortis, ſed de uſurarum, remiſſione interveniſſe: debetur ſors, & peti poteſt. ſed de uſuris quid dicemus? & ſi ex ſtipulatu debeantur, quantum ad ſubtilitatem juris attinet, peti poſſunt: ſed ſi petantur; repelletur actio pacti exceptione: quo facto, nihil intereſt, utrum ab initio nulla competat actio, an competat, ſed per exceptionem elidatur. atque id certum eſt, ſi pactum vel verbis, vel literis, vel per nuntium, intelligatur. ſed quid, ſi non ſic exprimatur? pone: creditor majores uſuras ſtipulatus eſt, ſed per certos annos minores conſecutus: deinde majores petit ex ſtipulatu. an recte? & non puto. nam etſi palam non conſenſerit in minores uſuras, tamen ſi per plures annos ultro minores acceperit, cum poſſet majores petere, in minores conſenſiſſe videtur. neque enim opus eſt, ut pactum conventum videatur, utique palam conſenſum eſſe verbis, aut literis, aut per nuntium; ſed ſi nihil horum ſit, ſufficit, conſenſum rebus & factis intelligi *l. 2. D. de pactis.* & hoc Severus & Antoninus voluerunt *l. 5. C. de uſuris*; cum ſic ajunt, *Adverſus creditorem uſuras majores ex ſtipulatu petentem, ſi probetur per certos annos minores poſtea conſequutus; utilis eſt pacti exceptio.* Nec hi tantum, ſed & Scævola *l. 13. D. eod. tit.* verba Scævolæ, *Qui ſemiſſes uſuras promiſit, per multos annos minores præſtitit: heres creditoris ſemiſſes petit. cum per debitorem non ſteterit, quo minus minores ſolvat, quæro, an exceptio doli vel pacti obſtet? Reſpondi, ſi ſolvendis ex more uſuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit, poſſe ſecundum ea quæ proponerentur, obſtare exceptionem.* Sic Scævola: ſed tollenda levis menda. ait, *cum per debitorem non ſteterit, quo minus* minores *ſolvat.* ſed ſcribendum, *quo minus* majores *ſolvat.* quod animadvertit P. Faber, V. CL. *lib. 2. Semeſtr. c. 25.* Ita igitur eſt, ſi creditor minores uſuras acceperit, cum ei majores deberentur. Sed quid, ſi non minores, ſed nullas, acceperit per longi intervallum temporis, atque ut gratior apud debitorem eſſet? ea eſt quæſtio *l. 17. §. 1. D. de uſuris:* in qua ait Paulus, *Divum Pium ita reſcripſiſſe: Parum juſte præteritas uſuras petis, quas omiſiſſe te longi temporis intervallum indicat, qui eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet eſſes, petendas non putaſti.* Unde intelligimus; creditorem non poſſe præteritas uſuras petere, ſed futuras petere poſſe: & ratio eſt; quia ex

facto

Digitized by Google

facto ſit conjectura, eum omiſiſſe, id eſt, remiſiſſe, præteritas uſuras. cedo, ex quo facto? quia hoc egit creditor, ut gratior apud debitorem eſſet. Græci, *lib.* 23. *Baſilic. tit.* 3. *ad. d.* §. 1. *l.* 16. *lit. D. pag.* 426. *tom.* 3. ſic notant, *Qui longo tempore uſuras non petiit, uſuras præteriti temporis non recte petit propter liberalitatem: id eſt, ex præſumptione videtur eas liberaliter remiſiſſe.* Sed falluntur Græci; ſi hoc indiſtincte volunt. nam ſi non apparet remiſſionis cauſa; ſed tantum ponitur quis longo tempore non petiiſſe uſuras: magis erit, ut non præſumantur remiſſæ: quia nulla eſt ejus præſumptionis cauſa *l.* 18. §. 1. *D. de alimentis legatis.* cæterum, ſi hæc facti ſpecies ſit, in qua fieri poſſit conjectura donationis, aliter dicendum eſt: ut, ſi egerit creditor, non petitis uſuris, ut gratior eſſet apud debitorem: qui eſt caſus *d.* §. 1. *l.* 17. vel ſi quid ſimile ſit, ut in *l.* 54. *D. de donationibus inter virum & uxorem.* atque id non in uſuris tantum, ſed & alias, obtineat *l.* 26. *D. de probationibus.*

CAPUT XVII.

Uſuras tolli, ſi ad duplum ſortis perveniant. Quomodo accipiendum ſit duplum. *Uſuras, non ſolutas, ſed ſolvendas, ad dupli computationem profuiſſe. Id jus facile deluſum fuiſſe interpretatione renovationis, & neceſſariæ, & voluntariæ. Etiam pignore creditori dato. Hoc diſplicuiſſe Juſtiniano. Eum quoque noluiſſe, intereſſe, utrum uſuræ per intervalla ſolutæ ſint, an non ſint. An & in annuis reditibus? Juſtinianum negare Novell.* 160; *ac ſub colore annui reditus ex facto anteriorem mutaſſe Conſtitutionem.*

Poſtremo placet, uſuras tolli, ſimul ac modum ſortis ad duplum adducunt: uſque adeo, ut ultra nec in ſtipulatum duci, nec exigi, poſſe, Ulpianus ſcribat *l.* 26. §. 1. *D. de condictione indebiti.* Sicut enim humanæ conveniebat ſocietati, uſuras ſolvi pro uſu ſortis; ſic utile erat, eas aliquando finiri: poterat enim creditor, ne ea re damnum pateretur, ſibi conſulere matura ſortis repetitione: ac ſi æternum currerent uſuræ, poterat metus eſſe, ne facile debitor (quod ille apud Livum *lib.* 6. *c.* 14. clamat, ſibi accidiſſe) multiplice jam ſorte exſoluta, mergentibus ſemper ſortem uſuris, ære alieno obrueretur fœnore. voluerunt igitur Veteres, uſuras currere, uſque dum attingant duplum ſortis: deinde conſiſtere, non quaſi iniquas, ſed quaſi non neceſſarias: ac, ſi ultra ſolutæ ſint, ſortem minuere. Et hac arte Lucullum, cum Aſiæ præeſſet, provinciam fœnore quo laborabat, liberaſſe, Plutarchus refert, *vita Luculli.* idemque Ægyptiis ſediſſe, ex Diodoro Siculo, *lib.* 2. obſervat Sirmondus; ad Sidonium Apollinarem *lib.* 4. *epiſt.* 24. & ante eum Cujacius *lib.* 5. *Obſerv. c.* 38.

Duplum autem, quod minus recte computat V. CL. Gulielmus Budæus, *Annotation. reliq. ad Pand. pag.* 22. puto, optime interpretatur Molinæus *Tract. commerc. & uſur. n.* 47. eſſe is *duplum* exiſtimat; ſi centum creditis ſub uſuris, uſuræ ad ſummam centum adſcendant. finge, ut exemplo rem demonſtrem: centum crediti ſunt, & promiſſæ uſuræ centeſimæ, ſed non ſunt ſolutæ intra ſpatium octo annorum & quatuor menſium: centum debentur uſuræ nomine. duplum igitur attingit uſura. Nolo, hoc mihi credas, ſed Sidonio Apollinari *lib.* 4. *epiſt.* 24. his verbis, *Canta eſt fœneratori centeſima quæ per biluſtre producta tempus, modum ſortis ad duplum adducit.* Sidonius rotundo numero vocat tempus biluſtre, quod eſt ſpatium octo annorum & quatuor menſium, quo ſpatio centeſima æquat ſortem: ſive, ut Sidonius ait, modum ſortis ad duplum adducit: ut oſtendi *lib.* 2. *c.* 2. Noſtri id *duplum* vocant *alterum tantum*; atque eo ſortem complectuntur in *l.* 9. *D. de uſuris*: quam explicui *lib.* 2. *c.* 13. Jam Antoninus *l.* 10. *C. eod. tit. Uſuræ*, inquit, *per tempora ſolutæ non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc enim ultra ſortis ſummam uſuræ non exiguntur, quoties tempore ſolutionis ſumma uſurarum excedit eam computationem.* Antoninus ſignificat, uſuras duplum egredi, ſimul ac ſummam ſortis excedunt; atque ultra exigi eas negat.

Non tamen id tum jus eſſe vult, ſi per tempora ſolutæ ſint uſuræ: verum ſi ſolvendarum uſurarum ſumma duplum excedat tempore ſolutionis. Sed neque ſic magni res uſus fuit. quam enim facile potuit a diligente fœneratore eludi interpretatione renovationis, & neceſſariæ, & voluntariæ? atque ita uſu veniſſe, intelligitur ex Imppp. Gratiano, Valentiano, & Theodoſio *l.* 1. *Cod. Theod. de uſuris rei judicatæ*, in qua ſic ajunt, *Diſtinguendum vero hoc quoque arbitrati ſumus, ut ſi contractus debiti ex ſtipulatione deſcendit, & caſu uſuræ per annorum curricula ſummam capitis impleverint (ſcilicet, ut quantitas ſortis quantitati fœnoris adæquetur) poſt ſententiam uſuræ duplices non utriuſque debiti currant, ſed capitis quidem duplæ, uſurarum vero ſimplæ.* Sed non tantum Imperatores hoc probant; ſed Ambroſius quoque. verba Ambroſii, *De Tobia c.* 13. hæc ſunt. *Multa ſunt animantia quæ cito gene-*

generare incipiunt, ſed cito etiam generare deſiſtunt. Sors cito generat, & nunquam deſinit: imo cum exordium creſcendi acceperit, in infinitum extendit augmentum. omne deinde quod creſcit, cum ad naturæ ſuæ formam atque menſuram magnitudinemque perveniat, vacat incremento: ſed fœneratorum pecunia tempore ſemper augetur, & ultra formam maternæ ſortis ſe extendens, modum non tenet. Pleraque etiam animantium, cum cœperint ea quæ ex his orta ſunt generare, tanquam effœtis viribus uſum generationis amittunt: ſors autem fœnoris cum fuerit creſcentibus exæquata centeſimis, & vetuſtatem ſui renovat, & partus ſolutos adjunctione multiplicat. Sic Ambroſius. etiam Baſilius, *Homil. in Pſalm.* 14. *pag.* 139. *tom.* 1. *Semina*, inquiens, *omnia ſuo tempore naſcuntur, animalia quoque tempore præſtituto ſuos edunt fœtus. Fœnus vero hodie naſcitur, hodie parere incipit. Animalia item quæ cito pariunt, cito etiam a partu deſiſtunt. Pecuniæ vero cum aviditate plus æquo habendi volucrem trahant originem, infinitam acceſſionem tanto progredientum ulterius recipiunt. Unumquodque creſcentium, ubi ad juſtæ ſibique convenientis ſtaturæ magnitudinem pervenit, deſinit augeri: argentum vero avari omni tempore augeſcit. Animalia ubi ſuæ ſoboli ceſſerunt pariendi vices, non jam ulterius imprægnantur: fœnori tradentium pecuniæ & quæ ſuccreverint ſtatim pariunt, vetereſque renovantur.*

Præter novationem fuit & alia ratio circumveniendi hujus juris per pignus creditori datum in ſecuritatem debiti. nam tum licebat ei uſuras exigere ultra duplum: quia ut non haberet actionem ultra duplum; tamen ſi pignus pro uſuris obligatum eſſet, habebat retentionem, permittentibus quibuſdam veteribus legibus. Sed hoc cum durius videretur Juſtiniano, & ad eludendam juris benignitatem pertinere; vetuit, uſuras ultra duplum procedere: non modo ſi pignora nulla, ſed etiam ſi aliqua, creditori data ſint *l.* 27. §. 1. *C. de uſuris.*

Amplius conſtituit Juſtinianus *Novell.* 121. & 138. ut etiam minutim & per intervalla ſolutæ, cum duplo compenſarentur: etſi non utique univerſæ ſimul ſolverentur. nempe, ne melioris conditionis foret debitor propter fruſtrationem, quam ſi uſuras ſuo tempore ex fide ſolviſſet. ſic in uſuris.

At ſi quæ magis ad annuum reditum, quam ad uſuram, accedant: in his noluit Juſtinianus dupli computationem obſervari *Novell.* 160. proponitur autem ei in *præfatione* quidam eorum qui in republica Aphrodiſienſium cum poteſtate erant, auri ſummam quæ civitati relicta erat, collocaviſſe: ea lege, ut quamdiu id auri reſideret apud eum qui ſuſcepiſſet, tamdiu is quoquo anno pro eo civitati dependeret, quantum ferre civitatem æquum eſſet. vides ſpeciem, in eaque fœnus ſive uſuram: ſi vera ſectamur vocabula. at Juſtinianus reditum eſſe ait *cap.* 1. ut ſub colore atque imagine reditus civitati conſuleret adverſus leges ſuas: quibus vetuerat, uſuras excedere duplum. mutavit igitur hac in ſpecie, favore civitatis Aphrodiſienſium, jus anterius: etſi palam noluit videri mutare.

FINIS.

BREVIS

BREVIS CAPITUM OPERIS
DE
FOENORE ET USURIS.

LIBRI PRIMI.

Cap. I. *Summaria operis diſtributio.* 175

II. *Vetuſtiſſimos Auctores acceſſionem quæ creditori datur pro uſu ſortis, non* uſuram, *ſed* fœnus, *appellaſſe:* uſuræque *nomine non* fœnus, *ſed* cujuſque rei uſum, *indigitaſſe. Dein loquentium uſu obtinuiſſe, ut* uſura *pro* fœnore *acciperetur. Eam* uſuram *pro* pecuniæ *aut* frugum, *non pro* corporum, *uſu præſtari. Conſtantinus l. 25. C. de uſuris explicitus, adducto Veterum more ex l. 8. C. Si certum petatur, & Ambroſio, de Tobia. Quo ſenſu Paulus l. 17. §. ult. D. de uſuris dicat,* Statuas vel imagines ponendas legari, *ex Antiquis præſertim Marmoribus demonſtratum, Quæ pro uſu* corporum *dantur, non* uſuras *dici, ſed* mercedes & penſiones *aut* reditus: *& tamen* uſuras *videri* mercedes *quæ cum pecuniæ aut frugum uſu mutentur. Jus civile iiſdem rebus ſæpe diverſa, & diverſis eadem, nomina ac jura imponere. Cur Veteres Juris Auctores non ut aliorum negotiorum, ſic* fœnoris, *proprium fecerint contractum, neque hoc ſub* locatione & conductione *comprehenderint.* Fœnus uſuraſque *non tantum in* credita, *ſed etiam in* alia, *materia conſtitui poſſe. Eam uſuræ conditionem eſſe, ut pro uſu ſortis exigatur.* 176

III. *Uſuram, ſi ad moram coërcendam referatur,* pœnam *dici: ſi ad damni reparationem ſpectet,* id quod intereſt *videri: ſi ad lucrum reſpiciat, magis* uſuram, *& vetuſtiore nomine* fœnus, *appellari. Salmaſium a veteribus Grammaticis de origine & proprietate* fœnoris *ſine cauſa diſſentire.* fœnus *recte pro ſorte, ſed proprie pro* uſuris, *accipi. Nonius expoſitus, ſalva vetere lectione, adverſus Salmaſium. quomodo uſura a* fœnore *diſtinguatur, poſtquam in bonæ ſidei judiciis cœpit ex mora deberi officio Judicis. Cur in Pandectis & Codice inſcribatur Titulus De* nautico fœnore *potius, quam De* nauticis uſuris. 180

IV. *In uſuræ aut fœnoris uſu qui quidem verus ſit, nihil eſſe quod a viro bono & ſapiente improbetur. Contraria Catonis, Ariſtotelis, Senecæ, Lactantii, Ambroſii, Auguſtini, Chryſoſtomi, & Auctorum Interpretumque juris Canonici, ſententia.* 182

V. *Summam eſſe rationem uſuræ quæ ex mora præſtatur, ſive ad damni reparationem, ſive pro pœna. eam uſuram, libera republica, ſine ſtipulatione non fuiſſe debitam, ne in bonæ quidem ſidei judiciis. mutata republica, Labeonem aliquid tentaſſe in ſocietate, non directo, ſed ſub colore ejus quod intereſt: Deinde Principes uſuras ex mora Judicis officio permiſiſſe in omnibus bonæ ſidei judiciis. verus Pomponii ſenſus l. 60. D. Pro ſocio, ab aliis nondum animadverſus.* 184

VI. *Non eſſe cauſam, cur damnetur pecuniæ incrementum quod ad lucrum ſpectat, & proprie* uſura *aut* fœnus *appellatur. creditorem in* fœnore *utilitati ſuæ ſtudere ſine debitoris injuria; & hoc ei naturaliter licere.* fœnus *humanæ conjunctioni non adverſari, ſed convenire. neceſſariis ex officio dari quæ non utique dentur quibus nulla tenearis neceſſitudine. & cur? in pecunia & frugibus credendis duplicem fieri conventionem: unam quæ* beneficio *proxima ſit: alteram quæ* utilitatum permutatione *conſtet: neutram a jure Gentium abhorrere.* mutuum commodato, fœnus locationi & conductioni, *comparari.* 186

VII. *Chryſoſtomum pro diſtinguenda* fœnoris & locationis *natura tria adferre argumenta; eaque a Franciſco Hotmano graviſſima atque eruditiſſima appellari: ſed videri parum idonea.* 188

VIII. *Præter Chryſoſtomi argumenta eſſe tria alia quibus homines egregii & docti* fœnus *a* locatione *ſeparari putant. ſed fruſtra. Pomponius expoſitus l. 13. §. 1. D. Commodati vel contra, etiam Ulpianus l. 10. §. 8. & §. 3. D. Mandati vel contra, & Paulus l. 67. §. 1. D. Pro ſocio.* 190

IX. *Senecæ ſententia contra fœnus examinata & diſcuſſa.* 192

X. *Legem Moſaicam de non exercendo fœnore definire jus non Gentium, ſed Civile populi Hebraici cui poſita eſt. ea lege fœnus inter Hebræos quidem, ſed non inter Hebræos & peregrinos, prohiberi: ac ſimilem Romæ obſervationem fuiſſe inter cives Romanos, itemque inter hos & ſocios Latinos. cur fœnus inter Hebræos lege Moſaica prohibeatur; inter Hebræos & peregrinos non prohibeatur, ab Ambroſio diligenter diſputari; ſed non probabiliter. veram rationem petendam a fine & utilitate reipublicæ Hebraicæ cui lex data eſt. eam rempublicam fuiſſe* no-

novam, & in arctis rebus poſitam; nec ad negotiationem reſpexiſſe, ſed præſertim ad bellum & rem ruſticam; nec debuiſſe domi fænoris aut lucri ſtudio dividi, & foris Jure Gentium indiguiſſe in deſerto & ſterili loco. Peregrinorum appellatione Moſen non damnatas Gentes, ſed qualeſcumque, intelligere: nec utique his publicum indixiſſe odium; etſi illis indixerit. an Deus aliquando Hebræis permiſerit rem turpem ac flagitioſam? non videri: nec Ægyptiis ablatione inſtrumentorum aureorum & argenteorum, veſtiumque pretioſarum, furtum juſſu Dei eſſe factum. & cur? inſignis Tertulliani locus. quomodo accipiendum ſit quod de calceis veſtibuſque Hebræorum in deſerto non inveteratis aut attritis legitur Deuteronomio c. 29. §. 5. & c. 8. §. 4. ſimilis Juſtini locutio adducta? & Salviani aliorumque ſententia caſtigata. ſenſus Pſalmi 15. & Ezechielis c. 18. rejecta Hieronymi, & Hugonis Grotii, interpretatione. 194

XI. *Chriſti verbis apud Lucam c. 6. §. 35. & Matthæum c. 5. §. 42. non prohiberi* fœnus *ſive* uſuram: *ſed in his ſermonem eſſe de* mutuo, *id eſt, de* ſorte, *eaque* gratuita. Peccatores & ſtulti *pro* populo. *Chriſtum nec mutuum, nec alios juris Gentium contractus, nec judicia, tollere: ſed humanitatem, ad quam Moſaica pergebat lex, intendere adverſus fori calumnias quibus peſſime laxabatur a Juriſconſultis Hebræis. ſimilis Senecæ & Ciceronis ratio. mos vetus patrumfamilias, cum moroſorum, tum benignorum, in credendis pecuniis, ex Plutarcho, Ulpiano, Chryſoſtomo, Seneca. ad hunc morem reſpicere illud Domini,* Mutuum date nihil inde ſperantes. *Dominum non loqui proprie, ſed uti hyperbole: quamquam non, ut quod in re extremum ſit, aſſequatur; ſed quod intra modum conſiſtat. eum in præcipiendo eſſe ſapientum morem, oſtenſum inſigni Senecæ loco. eam hyperbolem non vidiſſe Auguſtinum. Dominum fœnus inter Judæos & Gentiles non ſuſtuliſſe: nec inter eos qui ſalutarem ejus diſciplinam amplectuntur: modo, ſi civili ipſorum lege non prohibeatur fænus. Ambroſii error. non peccaſſe Imperatorem Juſtinianum, cum in Pandectis & Codice ſervavit Titulum de uſuris: neque eum ejus rei pœnituiſſe.* 199

XII. *Mores rigorem Juris Canonici circa uſuras inflexiſſe ad æquitatem Juris Gentium, non omnino improbantibus ejus Juris Interpretibus.* 201

LIBRI SECUNDI.

CAP. I. *Veterem ſolvendarum uſurarum rationem plerumque menſtruam fuiſſe, interdum annuam. non eſſe verum quod de dilatione, a Kalendis ad Idus dari ſolita, doctiſſimi dixerunt homines: nec id Horatium aut Ciceronem velle. vetus Inſcriptio emendata, deque ejus intellectu qualis qualis conjectura.* 205

II. *De nominibus uſurarum. quid ſit* centeſima uſura, & *unde dicta. eam alias appellari* uſuram aſſem. *&. cur? ingenioſa & probabilis Salmaſii opinio de quodam Plinii loco.* aſſis uſuræ *partes eſſe minores uſuras. quanta fuerit centeſima Juſtiniani tempore, etiam poſt eum.* 207

III. *Ante Juſtinianum fuiſſe certum uſurarum modum; eumque ex partium conventione potuiſſe ad centeſimam adſcendere. centeſima in ſtipulationem deducta, Judici non fuiſſe jus, eam regere pro more regionis. uſuræ modum non potuiſſe egredi centeſimam. uſuram centeſimam dici maximam & legitimam. quæ modicæ, civiles, modeſtæ, minimæ, uſuræ. Capitolinus explicitus, & Papinianus l. 1. §. pen. D. de pignoribus & hypothecis.* 209

VI. *De vario uſurarum fato in republica Romana, & quo jure definitus ſit earum modus.* 210

V. *De modo uſurarum quæ in bonæ fidei judiciis officio Judicis præſtantur ſine conventione. eum modum ex æquo & bono finiri: ac plerumque regi more regionis, ubi contractum eſt: interdum hunc excedere, atque etiam centeſimam attingere: & in quibus cauſis. Ulpianus l. 10. §. 3. D. Mandati vel contra correctus, improbata Jacobi Cujacii diſpunctione. l. 17. C. de locato & conducto explicita, an emendata.* 212

VI. *Cur modus uſurarum quæ in bonæ fidei judiciis & quibuſdam aliis officio Judicis debentur, non ſit infinitus; cum ad id quod intereſt referantur, & in corporum æſtimatione, etiam in pecunia certo loco promiſſa, aliter obſervetur. nodus in ratione juris ſatis difficilis ſolutus.* 214

VII. *In quibus caſibus licuerit creditori egredi legitimum uſurarum modum. ac primum de nautico fænore.. hoc infinitum fuiſſe: & cur? Papinianus emendatus & expoſitus l. 4. pr. & §. 1. D. de nautico fænore. ſenſus & lectio l. 5. D. de nautico fænore.* 216

VIII. *De uſuris* ſpecierum *creditarum: & quæ Juſtiniano* ſpecies *dicantur l. 26. §. 1. C. de uſuris. De uſuris* rei judicatæ. *notabilis veteris Marmoris Inſcriptio.* 219

IX. *A legitimo uſurarum modo excipi a doctiſſimis Interpretibus, atque in his a Jacobo Cujacio,* antichreſin, *non* tacitam, *ſed* manifeſtam. *differentiam quam Cujacius facit inter* antichreſin & uſuras, *ſi rem ſpectes, nullam eſſe. macula diſpuncta l. 11. C. de uſuris. etiam in modo ab uſuris non diſtingui antichreſin, ſive tacitam, ſive manifeſtam. modo ſi certum ſit, eam egredi uſurarum finem. an & quæ ſit tacita antichreſis.*

ticbreſis. complura, eaque intricata, juris civilis loca expedita: in quibus l. 11. §. 1. D. de pignoribus, l. 17. C. de uſuris, l. 1. §. 3. D. de pignoribus, l. 14. C. de uſuris, l. 8. D. In quibus cauſis pignus tacite contrabitur. 221

X. De uſuris Senatorum, fiſci, ac civitatum. 223

XI. Uſuras uſurarum, ſive anatociſmum, ſed anniverſarium, Edicto tralatitio a Veteribus, etiam a Cicerone, obſervatum fuiſſe: ſed deinde Senatuſconſulto, & Conſtitutionibus, probibitum. & cur? quænam viſæ ſint uſuræ uſurarum, callida Veterum interpretatio, ab Ambroſio & Juſtiniano caſtigata. non eſſe anatociſmum, ſive uſuras uſurarum, ſi mutetur creditoris perſona: & quando id fallat. quid, ſi quis ſtipulatus ſit minores uſuras, & bis ſua die non ſolutis, legitimas? anatociſmum judicato fieri potuiſſe ante Imp. Juſtinianum: & quomodo?. etiam eum anatociſmum ab eo Imperatore ſublatum eſſe. 224

XII. De uſuris perceptorum fructuum vel ex ſingulari re, vel ex bereditate, ante vel poſt litem conteſtatam. 226

XIII. De vario atque incredibili uſurarum abuſu, cum manifeſto, tum tecto, qui olim fuit; & adducta notabilia utriuſque exempla: itemque remedia adverſus abuſum. Nomina certa apud Horatium, incerta in Senatuſconſulto Macedoniano apud Ulpianum l. 1. D. de Senatuſconſulto Macedoniano. certus homo apud Ciceronem. Senſus l. 8. C. Si certum petatur, l. 16. C. de uſuris, & quorumdam aliorum Juris Civilis capitum. 228

XIV. De nova uſurarum definitione a Juſtiniano facta. l. 26. §. 1. C. de uſuris diligenter & plene explicita. 231

LIBRI TERTII.

Cap. I. Cauſas uſurarum duas videri, vel in obligatione, vel in officio Judicis. In obligatione eſſe quæ ex teſtamento debentur, aut ex conventione. Uſuras in ſtricti juris contractibus non ex pacto, ſed ex ſtipulatione, deberi. Quid, ſi uſuræ ex conſenſu præſtitæ ſint longo tempore? complurium, & ſatis difficilium, locorum diligens & accurata interpretatio. 235

II. Uſuras in ſtricti juris contractibus aliquando ex nudo pacto deberi: & quando? Scævola reſtitutus l. 7. D. de nautico fœnore. difficultas ſublata ex l. 41. §. 2. D. de uſuris, quam fruſtra tollere tentavit Salmaſius. 237

III. Uſuris in ſtipulationem deductis ſine certo modo, civili jure nullas deberi: niſi argentariis quibus nova Juſtiniani Conſtitutione beſſes eo in caſu debentur. ſpecies & ſenſus Ulpiani l. 34. D. de regulis juris. Modeſtinus expeditus l. 41. §. 2. D. de uſuris, & Ulpianus l. 31. D. eod. tit. 238

IV. Uſuras ſtipulatione promiſſas, ſi pecunia ſua die non ſolvatur, poſt diem ſine interpellatione deberi. & quid, ſi debitori nil imputari poſſit? item utrum uſuræ, ſtipulatione promiſſæ, tantum ex mora, an etiam ante, debeantur. Paulo lux accenſa in l. 40. D. de rebus creditis, & l. 17. D. de uſuris. 239

V. Uſuras in bonæ fidei judiciis deberi ex pacto, contractui in continenti adjecto, etiam ante moram. 242

VI. Uſuras in bonæ fidei judiciis officio Judicis deberi ex mora. an vi & amplitudine formulæ ex bona fide? cenſere Franciſcum Connanum, V. CL. nec quemquam hactenus intercedere: ſed falli. uſuras libera republica in bonæ fidei judiciis ex mora ſola non fuiſſe debitas. ea mutata, primum Labeonem aliquid eſſe molitum, maxime in ſocietate, atque in ipſa ſub colore ejus quod intereſt. deinde Principes uſuras palam indulſiſſe in omnibus bonæ fidei judiciis. Pomponius illuſtratus l. 60. D. Pro ſocio, & l. 121. D. de verborum ſignificatione, etiam Paulus l. 7. D. de negotiis geſtis, & Marcianus l. 32. §. 2. D. de uſuris. auctorem bujus Conſtitutionis obſcurum eſſe: ſed Divum Pium videri. egregius Polybii locus in Excerptis explicitus: qui Salmaſium peſſime babuit. 243

VII. Legata & fideicommiſſa, quoad uſuras, comparari bonæ fidei judiciis: & quid in legatis damnationis? locus quidam Gaji inſignis, ſed durus, qui eſt lib. 2. Inſt. tit. 7. in fin. interpretatione mitigatus, & cum cæteris Juriſconſultis conciliatus. etiam pollicitationes, reipublicæ factas, ex mora uſuras recepiſſe: & quando? 246

VIII. Fiſcum ex ſuis contractibus, niſi in privati locum ſuccedat, ex mora uſuras non debere: ſed accipere. An idem in republica ſervatur? non videri. 248

IX. An uſuræ in bonæ fidei judiciis ante moram debeantur Judicis officio? Quid mora ſit? Eam non ex re, ſed ex perſona, committi. & quid hoc? Optimam eſſe rationem, cur mora, ſi pura ſit obligatio, magis ex perſona, quam ex re, fiat. Quid, ſi in diem concepta ſit non ſolutio, ſed obligatio? Utrum una interpellatio ſufficiat ad moram, an plures deſiderentur? Ut mora ex perſona fiat, exigi juſtam interpellationem, & quæ ſine cauſa negligatur. 248

X. Interdum ex re naſci moram, & quibus in cauſis. Moram ex re non eſſe veram moram: & ideo ſæpe negari moram. 251

XI. *Uſque ad quem diem uſuræ in bonæ fidei judiciis debeantur officio Judicis? ſenſus l.* 1. §. 2. *D. de uſuris, & quorumdam aliorum capitum.* 254

XII. *Uſuras in ſtricti juris judiciis officio Judicis non deberi, ne a tempore quidem litis conteſtatæ.* 255

XIII. *In arbitrariis judiciis uſuras officio Judicis numquam deberi quaſi uſuras, ſed quaſi id quod intereſt aliquando deberi. & cur? Ulpianus l.* 29. §. 2. *D. de Ædilitio Edicto explicitus.* 256

XIV. *Uſuras tolli, ſorte ipſo jure ſublata, ut ſolutione: ſed futuras, non pæteritas: maxime, ſi conventione debeantur. Quid, ſi veniant officio Judicis? Uſuras etiam cæteris tolli modis quibus obligatio ipſo jure exſtinguitur: ut compenſatione & novatione.* 256

XV. *De oblatione, obſignatione, & depoſitione, ſortis & uſurarum, cum in mora eſt creditor: deque ejus rei effectu. & quid, ſi debitor recipiat pecuniam oblatam, obſignatam, & depoſitam? an & quando, facta oblatione, nec ſequuta obſignatione ac depoſitione, principalis tollatur obligatio, & utrum ipſo jure, an ope exceptionis? Sabinianorum & Proculianorum diſſenſio. Marcellus l.* 72. *D. de ſolutionibus liberatus malo quo hactenus laboravit. quid in uſuris ex mora debitis, ſive ex ſtipulatu, ſive officio Judicis? Jacobus Cujacius & Antonius Faber refutati. ſimul compoſita inſignis & moleſta lis quæ huc uſque diremit concordiam Papiniani l.* 1. §. 3. *D. de uſuris, Marcelli & Ulpiani l.* 28. §. 1. *D. de adminiſtratione tutorum, demonſtrato vario temporum uſu quibus illi floruere. in d. l.* 28. §. 1. *non apparere Triboniani manum aut culpam: etſi ſuſpicatus ſit Antonius Faber. nec feliciorem eſſe ejus conjecturam de Paulo l.* 73. *D. de procuratoribus. extricatur locus Scævolæ impeditiſſimus qui eſt in l.* 122. §. 5. *D. de verborum obligationibus. antichreſin ex ſententia clariſſimorum hominum ſola tolli oblatione. eam ſententiam procul vero eſſe. Antoninus l.* 11. *C. de uſuris leviter emendatus & illuſtratus. quid in uſuris frugum humidarum aut aridarum?* 257

XVI. *Quid, ſi obligatio tollatur præſcriptione temporis? Quid, ſi uſuræ pacto convento, ſive expreſſo, ſive tacito, remittantur?* 262

XVII. *Uſuras tolli, ſi ad duplum ſortis perveniant. Quomodo accipiendum ſit* duplum. *Uſuras, non ſolutas, ſed ſolvendas, ad dupli computationem profuiſſe. Id jus facile deluſum fuiſſe interpretatione renovationis, & neceſſariæ, & voluntariæ. Etiam pignore creditori dato. Hoc diſplicuiſſe Juſtiniano. Eum quoque noluiſſe intereſſe, utrum uſuræ per intervalla ſolutæ ſint, an non ſint. An & annuis reditibus? Juſtinianum negare Novell.* 160; *ac ſub colore annui reditus ex facto anteriorem mutaſſe Conſtitutionem.* 263

F I N I S.

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

DIOCLETIANUS
ET
MAXIMIANUS,

SIVE

DE TRANSACTIONE ET PACTIONE CRIMINUM

LIBER SINGULARIS.

EDITIO TERTIA.

Digitized by Google

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Antecesſoris,

DIOCLETIANUS
ET
MAXIMIANUS,
SIVE
De Transactione & Pactione Criminum.

LIBER SINGULARIS.

CAPUT I.

Tranſactionem inter accuſatorem & reum factam de omittenda cujuſcumque criminis, ſive capitalis, ſive alterius, accuſatione, legibus Pandectarum & Codicis neque valere, neque probari, quin crimine cenſeri: tantumque reo, ſi in ſanguine fiat, ejus veniam dari.

Digna res eſt animadverſione omnium quibus eſt ſtudium, Juriſprudentia paulo caſtiore ad ingenii lumen procedere, quid ſibi velint Imperatores, Diocletianus & Maximianus; cum in *l.* 18. *C. de tranſactionibus* Valenti in hæc reſcribunt verba.

Impp. Diocletianus & Maximianus AA. & CC. Valenti.

Tranſigere vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt: in aliis autem publicis criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem. S. 3. *calend. Septemb. AA. Coſſ.*

Non eſt enim, opinor, quiſquam hodie Juriſconſultus, maximus, minimus; quin, ſi incidat in hoc Diocletiani & Maximiani Caput, ſibi aliiſque perſuadeat, dari communi humanitatis affectui, ad ſui conſervationem egregie inclinanti, ne prohibeatur fieri tranſactio inter accuſatorem & reum de admiſſis ante criminibus, non quidem omnibus, ſed mortis naturalis pœnam ingerentibus: &, ſi fiat, ut inter eos qui tranſegere, (quamquam fuere quoque qui longius porrigerent miſerationem) optimo jure ſervetur. Tantum ambigitur, utrum ea tranſactio accuſatori (nam de reo numquam dubitatum) etiam ante delatum rei nomen factamque in crimen ſubſcriptionem competat; an demum, poſtquam utrumque factum eſt.

Sed ego Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, verba, & quæ præterea pro ſe quiſque attulit, multum attenteque conſideravi: neque tamen potui umquam a meo genio impetrare, uti exiſtimarem, tranſactionem, quandocumque inter accuſatorem & reum factam de omittenda in cauſa ſanguinis accuſatione, Civili Jure valere: imo ſemper credidi, eam, quamvis maxime de capitali crimine, atque ante, vel poſt, delatum rei nomen, ſecutamque in crimen ſubſcriptionem, intervenerit, non magis tranſactionem haberi, quam ſi facta ſit de crimine non capitali: poſtremo, tantum abeſſe, ut umquam legibus cenſeatur tranſactio de qualicumque interpoſita crimine; ut è contrario his non modo numquam approbari, ſed neque peccato vacare, intelligatur; ac ſaltem Principum humanitate aſſequatur, ut, ſi eo contingat in crimine quod naturali morte vindicetur, non perinde in reo, atque in accuſatore, puniatur. Hoc Veteribus ſediſſe Jure Pandectarum & Codicis, multis rebus cognovi: neque mihi occurrit, cur ab his excipi Diocletianum & Maximianum oporteret. Proinde ſicut non facile huc devenerim, ut mihi tranſactio pactiove, ſi quando fiat de capitali crimine, vel illorum Imperatorum verbis adjuvari videatur: ita eſſe pretium operæ exiſtimavi, veteris, ſed pulchræ, nec ſatis extricatæ, quæſtionis, in tanto Doctiſſimorum hominum diſſidio, argumenta quæ habeo, aliqua cum cura & diligentia adſcribere: ſimul Studioſis artium principis planam monſtrare viam qua tandem liceat ad veram *d. l.* 18. *C. de tranſactionibus*, id eſt, loci toto Jure celeberrimi, ſententiam bona fide evadere.

CAPUT

CAPUT II.

Non eſſe in l. 18. C. de tranſactionibus Conſtitutionem *Imperatorum*, *Diocletiani & Maximiani*, *ſed* Subſcriptionem, *aut* Reſcriptum, *ad cujuſdam Valentis* Epiſtolam *aut* Libellum. *Et quid ea inſpectio conferat ad intellectum d. l. 18.*

Sed prius quam ad ipſius expoſitionem loci progrediar, non abs re fuerit, pauca de ejus Inſcriptione præfari. Ea Inſcriptio in *l. 18. C. de tranſactionibus* forma hac eſt. *Impp. Diocletianus & Maximianus AA. & CC. Valenti.* Niſi autem fallor, oſtendit, eos Imperatores neque novam, neque generalem, facere Conſtitutionem: ſed ſaltem reſpondere Libello aut Epiſtolæ cujuſdam Valentis, hominis privati, a quo de jure, etſi alioquin certo, erant conſulti. nam hoc ſequentia ſuadent Reſcripti verba, *Probibitum non eſt*, & *Non licet*: quæ non novi, ſed certi & pervulgati, juris indicium præbent. Nec opus eſt, ut addam, ſolitos fuiſſe Veteres, non Magiſtratus modo, ſed privatos quoque, cum de jure aut incerto, aut etiam certo dubitarent, Principem per Libellum aut Epiſtolam adire: eumque invicem conſueviſſe conſulentibus vel Subſcriptione, vel Epiſtola, reſpondere. id enim ex Ulpiano *l. 1. §. 1. D. de Conſtitutionibus Principum* infinitiſque Codicis & Pandectarum locis cognoſcitur. Potius monebo, quod ad noſtri intellectum Capitis pertinet, ea Reſcripta, ſive Subſcriptiones, etſi cum Conſtitutionibus ab Ulpiano *d. l. 1. §. 1.* confundantur, tamen ab eo *l. 1. §. 19. D. de quæſtionibus*, etiam a Diocletiano & Maximiano *l. 3. C. Si minor ſe majorem dixerit*, a Conſtitutionibus ſeparari, atque ita, ut hi Imperatores id quo de agunt, *& ſacris Conſtitutionibus & Reſcriptorum auctoritate* ſtatutum eſſe perhibeant. Ejus vero cauſam diſtinctionis ego hanc eſſe, ſemper arbitratus ſum, quod Conſtitutiones plerumque & directo & generaliter jus facerent: (quippe cum hoc animo, ut pro legibus obſervarentur, a Principibus fierent) Reſcripta autem, quamquam ſimiliter auctorem haberent Principem, tamen non hoc fiebant animo, ut pro generali lege cederent: ſed fere ad Magiſtratus, aut etiam ad privati hominis, Conſultationem ex facto interponebantur: atque adeo ea quidem in ſpecie in qua a Principe reſcribebatur, juris vim obtinebant; ſed in cæteris, licet ſimilibus, caſibus eam non habebant, niſi per conſequentiam auctoritatis Principis: qui fortunæ excellentia ſupra gratiam & odium poſitus, in ſimili cauſa ſemper idem reſcripturus videbatur. Præter hanc autem Conſtitutionis & Reſcripti differentiam eſt & alia, ipſa ex ſuperiore profluens. Ea differentia eſt, quod in Conſtitutionibus, ſi quæ ſubnaſcatur difficultas, quid voluerit, ſenſeritque Princeps, non modo ex manifeſtis ejus verbis, ſed etiam argumento a contrario, itemque a conſequentia, intelligi poteſt: ſcilicet, quia in Conſtitutionibus non fuit Principi negotium ad alterius Conſultationem, neque ad unum factum, verba definitionemque dirigere; ſed generale jus ſuo arbitrio, ſuiſque verbis, ad communem utilitatem componere. At in Reſcriptis contra eſt. cum enim minime in his ageret Princeps, ut legem ferret, utve in commune conſuleret, ſed ut ad propoſitam ei facti ſpeciem reſponderet: apparet, ſi quæ Reſcripti interpretatio quæreretur, argumenta a contrario, atque a conſequentia, ſæpe inepte, aliquando etiam periculoſe, adhiberi: propterea, quod ſi quid verbis in Reſcripto expreſſum non eſſet, non utique excluſum eſſe videretur: quippe, cum facile fieret, ut de eo idcirco reſcriptum non eſſet, quod de eo in Libello non eſſet quæſitum. ſed & ſi latiſſime paterent Reſcripti verba, non tamen ſemper ſua amplitudine æſtimari, ſed plerumque finibus propoſitæ Conſultationis coërceri, oportere.

Id vero cum in hujus Operis progreſſu aliquam forſan lucem allaturum ſit ad intellectum *d. l. 18. C. de tranſactionibus*, in ejus limine omittendum non fuit. Liquet enim, id Caput non proprie Conſtitutionem, ſed Subſcriptionem, Reſcriptumve, eſſe; denique reſpicere ad cujuſdam Valentis Conſultationem de jure tum non ambiguo, ſed certo & recepto; ac proinde non ad modum generalis novæve Conſtitutionis, ſed ſpecialis Reſcripti, & quod ad Conſultoris Libellum, ſimul ad juris olim vulgati demonſtrationem, ſpectet, & cum utroque ut intelligatur, comparari debeat, explicandum eſſe. Id tamen cum a Doctiſſimis hominibus in hujus interpretatione Reſcripti parum obſervatum eſſet, cauſam compluribus, & gravibus, dedit erroribus: ſed qui, ſpero, evaneſcent, ſi ad Imperatorum, Juriſque veteris, rationem eo quo dixi modo, tum in primis ad Valentis, quoque Conſultationem, paulo curioſius examinentur. Dixi de Reſcripti Inſcriptione. Monet tempus, ut ad verba tranſeam.

CAPUT III.

Verba hæc, Tranſigere vel paciſci, *in l.* 18. *C. de tranſactionibus pro iiſdem accipi: etſi alias diſtinguantur. De quibus rebus pactio & tranſactio jure fiat? Et quis ſit effectus pactionis ac tranſactionis quæ jure valeat?*

Ajunt Imperatores *d. l.* 18. *C. de tranſactionibus*, *Tranſigere vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt: in aliis autem publicis criminibus quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem.* Eſt autem *paciſci*, ut hoc obiter addam, & generis & ſpeciei vocabulum. definitur enim pactum, duorum pluriumve in idem placitum & conſenſus *l.* 1. §. 2. *D. de pactis:* eo vero vel res certa & indubitata liberalitate remittitur; vel rei dubiæ litiſve incertæ pars promittitur, daturve; ut pars retineatur: alterum tranſactio, alterum donatio *l.* 15. §. 4. *D. Locati conducti*, *l.* 3. *C. de repudianda vel abſtinenda hereditate*, vel in ſpecie pactum vocatur. Hoc ſenſu Ulpianus *l.* 1. *D. de tranſactionibus*, *Qui*, inquit, *tranſigit, quaſi de re dubia & lite incerta neque finita tranſigit. Qui vero paciſcitur: donationis cauſa rem certam & indubitatam liberalitate remittit.* Significat Ulpianus, *pactum* quidem in ſpecie ſic dici; cum res certa & indubitata liberalitate, ſive (ut Imperatores, Diocletianus & Maximianus, loquuntur *l.* 25. *C. eod. tit.*) donationis cauſa ſine aliquâ conditione remittitur: tranſactionem vero appellari; cum incertum rei litiſve finitur (ut Scævola ait *l.* 14. *D. eod. tit.*) certa lege; ſive (ut iidem loquuntur Imperatores *d. l.* 3. *C. de repudianda vel abſtinenda hereditate*, cujus pars eſt *l.* 38. *C. de tranſactionibus*) aliquo dato, retento, aut promiſſo. At hæc verborum *Tranſigere vel paciſci* nota omnibus ſignificatio eſt.

Non æque claret, quæ eorum in hoc Reſcripto vis ſit. Sed non erravero, ſi ea pro iiſdem accepero; totumque adeo Imperatorum ſermonem magis ad tranſactiones, quam ad gratuitas pactiones, referri dixero. Non longe petam meæ fidem ſententiæ: ſuffecerit poſterior Reſcripti verſus: in quo etſi eadem continuetur quæſtio quæ in priore tractatur verſu; tamen tantum *tranſactionis*, non etiam *pactionis*, mentio fit. Ac ne quis hoc, *paciſci*, poſteriore in verſu ex priore ſubaudiri poſtulet, ut alibi fieri memini; in ejus honorem addam, quod in poſteriore verſu reus, (nam de eo, non de accuſatore, accipiendum eſſe Reſcriptum, in inferioribus apparebit) ſi tranſigat de crimine non capitali, dicitur falſi accuſatione teneri. Ea autem accuſatio poteſt circa tranſactionem cadere, corrupto pecunia adverſario: ſed in pactione, gratis remiſſa accuſatione; quem uſum habet? Dabo tamen elegantiæ quæſtionis, ut non modo quid in tranſactione, ſed quid in pactione quoque, de criminibus jus ſit, ſuo loco demonſtrem.

Nunc interim ſequentia Reſcripti verba examinabo. Ajunt Imperatores, *Tranſigere vel paciſci de crimine capitali prohibitum non eſſe:* & addunt, *in aliis autem publicis criminibus quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licere, citra falſi accuſationem.* Veriſſime procul dubio: ſed quo ſenſu, quoque effectu; id eſt, quod quæritur. Pactum enim ſive donandi, ſive decidendi, cauſa fiat, quia nil indigitat, niſi duorum pluriumve conſenſum de juris certi vel ambigui remiſſione in totum vel pro parte, demum valet; cum de re privata & familiari fit. cæterum ſi de re aliena aut publica fiat, non valet: alterum privatæ paciſcentium, alterum publicæ omnium, utilitati convenire, & ratio evincit poſt diſtincta dominia, & Ulpianus *l.* 7. §. 14. *D. de pactis*, ac Paulus *l.* 27. §. 4. *D. eod. tit.* atteſtantur.

Sed nec illud omittendum, quod, cum valere dicitur pactum, Jure noſtro nihil aliud ſignificatur, quam pactum, cum pergit ad gratuitam litis certæ & indubitatæ remiſſionem, plerumque pacti exceptione, interdum ipſo jure, ſervari: idemque in tranſactione eſſe, etſi certa lege fiat; modo ſi ſtipulatio eam ſequuta non ſit, neque datio aut factum in ea intervenerit: ſi vero ſubjecta ei ſtipulatio ſit, aut in ea quid datum factumve proponatur, actionem ex ſtipulatu, aut præſcriptis verbis, competere *l.* 6. *l.* 7. §. 4. *l.* 17. §. 1. *D.* & *l.* 21. *C. de pactis. l.* 6. *l.* 28. *l.* 33. *C. de tranſactionibus.*

CAPUT IV.

Civiles actiones quæ pro delicti privati executione competunt jure ordinario, ante commiſſum delictum non recipere actoris & rei pactionem: poſt commiſſum delictum accipere. Et quomodo?

Sed quid eſt? omne maleficium (paulo enim altius repetenda res eſt) quod legibus coërcetur, bifariam dividitur. nam aut privatum delictum, aut publicum crimen, appellatur. privati autem delicti conditio, ſi jure & ordine agatur, ea eſt quam Cicero ſuo tempore obtinuiſſe indicat, *Divinat. in Verrem cap.* 5: *Civibus*, inquiens, *cum ſunt ereptæ pecuniæ, civili fere actione & privato jure repetuntur.* Sed utilitas vindicandæ diſciplinæ deinde actioni civili

& ordinariæ extraordinariam criminis animadverſionem adjecit. Inde cœpit ex privato delicto cum civiliter apud Prætorem jure ordinario, tum criminaliter apud Præfectum Urbis extra ordinem, agi *l. ult. D. de privatis delictis. l. ult. D. de furtis.* alteri enim mixtum imperium *l. 1. §. ult. l. 2. D. de ſuſpectis tutoribus*, alteri merum, competit *l. 1. pr. & §. 4. D. de officio Præfecti Urbi.* Porro, ubi civiliter agitur, is qui petit, non de publica omnium, ſed de privata, utilitate experitur, denique ſibi, non reipublicæ, petit. Auctor Paulus *l. 9. §. 5. D. de publicanis.* etiam Cicero, *Divinat. in Verrem d. loc.* Proinde, ſi de civili, & pecuniaria actione quæ ex delicto ei competat, ſive donandi, ſive decidendi, cauſa paciſcatur, jure paciſci intelligitur: quia non de re publica, ſed de ſua, paciſcitur. quod omnibus ad quos res pertinet, licere, & dominio, & libertati, conſequens eſt.

Nec me confundit, quod qui de actione ex delicto, licet civili, paciſcitur, adverſus legem qua ea actio proponitur, paciſci videtur; & quod Prætor *l. 7. §. 7. D. de pactis* promittens, ſervare pacta conventa, negat, ſe ſervaturum ea quæ ſint adverſus leges facta. Nam ita eſt, ſi Prætoris verba, non ſi ejus ſententiam, teneamus. placuit certe Veteribus, perinde accipere Prætorem, ac ſi improbet demum pacta quæ ſic legibus adverſantur, ut ſimul publicæ utilitati officiant: verum ea quæ legibus quidem contraria ſint, ſed tantum privatum paciſcentium commodum attingant, non improbet *d. l. 7. §. 14.* idque convenienter menti legum: quibus juriſdictione ſua atque imperio ſervit Prætor. ſtudent enim leges ſocietati humani juris: nec minus communi omnium libertati. ita fere cavent, ne alterius cauſæ alterius pactione noceatur. cæterum ſinunt, ſuo jure, ſuiſque beneficiis, uti omnes qui velint; neminem cogunt, eis uti qui nolit. Eam legum viam, ſi cui quæſtioni ſit, commode obſervat Quintilianus, *Declam.* 7. ſimul exemplis illuſtrat, *Omnium*, inquiens, *beneficiorum iſta natura eſt, ut non ſit neceſſitas, ſed poteſtas. quidquid in honorem alicujus inventum eſt, deſinet privilegium vocari poſſe, ſi cogas: cuncta, ſi videtur, jura percurrite, nuſquam adeo pro nobis ſollicita lex, ut quod præſtat extorqueat. Dedit cæco talionis actionem, non manus recuſantis impellit. Injuriarum, cædis, agere permiſit, ſed non cogit invitos. Adeo pene levius eſt, ultionem perire, quam poteſtatem. Genus ſervitutis eſt coacta libertas, & eadem iniquitas, quidquid de invito facias.* Sic Quintilianus, optime probans pactum, Ne agatur injuriæ aut cædis jam admiſſæ. Atqui infringit vim legis Duodecim Tabularum, aut Aquiliæ, quibus propoſita eſt injuriarum aut cædis actio. Sed factum eſt de privato actoris jure: nec igitur invita hac aut illa lege. neutra enim jubet, eum cui actionem dat, civiliter agere; ſed, ſi velit agere, ei permittit agere; ſi nolit agere, eum non cogit agere. imo, ſi Feſtum audimus, verbo *Talionis*, Lex ſic dixit, *Si membrum rupſerit, ni cum eo pacit talio eſto.* Idem de furto dici poteſt *l. 54. §. ult. l. 56. §. 4. D. de furtis:* nam de hoc quoque Lex paciſci permittit, Ulpiano teſte *d. l. 7. §. 14. D. de pactis.* Nempe, quia ſufficit, Legum pœnas timeri, nondum admiſſo delicto, ne fiat quo civilis conjunctio interpelletur. At hoc facto, quid intereſt reipublicæ, furti, injuriarum, cædiſve, agi ex Duodecim Tabulis, aut ex Lege Aquilia, ſi quis nolit agere? non enim quod factum eſt, vel ſic infectum fieri poteſt. præterea qui furti, cædis, aut injuriarum, agit, ſibi, non reipublicæ, petit. magis intereſt reipublicæ, eum cui competat civilis ex delicto actio, ab ea deſiſtere; ſive precibus ſibi ſatisfieri patiatur, ſive pretio: quia utroque pacto tantum a ſuo jure decedit; & peræque procurat vim humanæ ſocietatis quam Lex intendit propoſita civili actione. Id vero cum ad probabile accedat; quid æquius eſt, aut legibus convenientius, quam & pactionem & tranſactionem, etſi adverſus leges factam de tollenda privata & civili ex delicto actione, reo quidem vel ipſo jure, vel ope exceptionis ſervari; actori vero, ſi ſtipulatio, aut datio, factumve, intervenerit, ex ſtipulatu, aut præſcriptis verbis actione? Sed de jure pacti, Ne ex privato delicto civili actione & privato jure agatur, quatenus ad actorem & reum attinet, vel nimis.

Reliquum eſt, ut ad Rempublicam veniamus. nam vel ejus aliqua eſſe hic inſpectio poſſit: etſi non, ut infirmet pactionem; ſed ut paciſcentis improbitatem, ſi quæ ſit, exiſtimationis imminutione compeſcat. Igitur nec ſemper, cum de delicto pactum ſit, ea obtinet pœna. Nam ſi conveniat, *Ne Lege Aquilia agatur*; nulla Reipublicæ indignatio eſt. ſi enim ad actorem ſpectamus: quam meretur infamiam, qui non de alieno, ſed de ſuo, jure tollendo pactus eſt non malo more? ſed nec reus infamia notatur; ſi precibus impetraverit, *Ne ea lege agatur.* Verum finge, hoc pactum eſſe pecunia data. an infamis erit? forſan dices: quia confeſſus videtur. at ne damnatus quidem Lege Aquilia infamis eſt: quia non utique ob dolum malum & lædendi propoſitum ea Lege damnatur; ſed ob damnum injuria datum: id eſt, etiam ob culpam, vel leviſſimam *l. 5. §. 1. & l. 44. D. Ad legem Aquiliam.* Igitur ſi pactus ſit, quamvis pretio, Ne Lege Aquilia agatur: quemadmodum infamis erit? ut enim maxime confiteri intelligatur, ſe damnum injuria dediſſe: non tamen ideo ſe id dolo malo dediſſe, confiteri exiſtimatur. Ita in Lege Aquilia. De actione furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, & de dolo ac fraude, videamus. Et ſi de his gratis pactum conventum eſt; adhuc ſuaſit humanitas, aliquem veniæ locum relinqui *l. 6. §. 3. D. de his qui notantur infamia.* Sed quid, ſi

tranſ-

tranſactum ſit? nulla quidem actor infamia punitur: quæ enim fuerit cauſa notandi eum qui non peccavit; & ubi pecuniam ex tranſactione accepit, ſaltem a ſuo jure, nec malo exemplo, receſſit? At reus Edicto Prætoris non evitat infamiæ notam *l.* 1. *&* *l.* 6. §. 3. *D. de his qui notantur infamia*: non, quod eo pacto non liberetur ab actione: (quid ni enim actori liceat vel parte contentum eſſe?) ſed quod pecuniam dans, *Ne furti conveniatur*, furtum confiteri videtur *l.* 5. *D. eod. tit.* non enim creditur, fuiſſe daturus pecuniam, niſi urgeretur conſcientia commiſſi criminis *l.* 18. *C. eod. tit.* Igitur vix eſt, ut non habeatur improbus qui actorem in famoſo corrumpens judicio, rebus confitetur, ſe ſcientem volentemque furto, aut injuria, aut ſimiliter, humanam læſiſſe ſocietatem; etſi ab actore qui ſuo renuntiavit juri, amplius conveniri privata actione nequeat. Et tamen, ſi auctore Prætore tranſegit, nondum infamem eſſe, Ulpianus obſervat *d. l.* 6. §. 3. *D. eod. tit.* Atqui & tum pactus eſt data pecunia. Verum, quia non ultro pactus eſt; ſed quod oporteret eum Prætoris imperium ſequi, a delicti confeſſione parendi neceſſitate excuſatur *l.* 167. §. 1. *l.* 199. *D. de regulis juris.* Sie, ſi poſt commiſſa delicta fiat pactum, Ne agatur aut furti, aut cædis, aut injuriarum, aut ſimiliter.

At ſi ante fiat pactum, non valet: quia jam turpem habet cauſam: quippe fit non modo adverſus legem quæ vetat, furtum, aut rapinam, aut cædem, aut injuriam, fieri; ſed etiam adverſus rem publicam. tollit enim pœnæ metum; cum expediat reipublicæ, legum pœnas timeri *l.* 27. §. 4. *D. de pactis.* Hactenus de privatis delictis; cum ex his civili & privato jure agitur.

Caput V.

Criminum perſecutionem non ad privatam, ſed ad publicam, utilitatem ſpectare; nec accuſatoris & rei pactionem tranſactionemve admittere: ac, ſi tranſactum inter eos ſit, non tranſactionem, ſed corruptionem videri. Eam tranſactionem haberi turpem: nec palam, ſed clanculum, fieri ſolitam.

Sequitur, ut de criminibus diſputemus. Ea crimina dupliciter dividuntur: aut enim publica ſunt aut privata. quamquam Imperatores, Diocletianus & Maximianus *l.* 18. *C. de tranſactionibus* non privata, ſed publica, attingunt: nec tamen aliam ob cauſam, quam quia tantum de his, non etiam de illis, conſulti a Valente fuerant. Sed hoc in inferioribus oſtendam. interim de utriſque videbimus.

Primum, quod ad publica crimina attinet, ſic cenſeo, pactum, ſive ad donationem ſpectet, ſive ad tranſactionem, quandocumque de his fiat, adverſus leges, atque adverſus publicam utilitatem, fieri.. Prohibentur enim publica crimina legibus publicorum judiciorum: ac, ſi admittantur, adverſus populum, vel, ut Arcadius & Honorius loquuntur, in omnium injuriam, admitti intelliguntur *l.* 4. §. 1. *C. de Hæreticis & Manichæis.* Inde (ut Juſtinianus ait §. 1. *Inſt. de publicis judiciis*) executio (ſive accuſatio: *exequi* enim Veteres pro *accuſare* dixerunt, auctore Lipſio, ad Senecam, *De conſtantia ſapientis c.* 10. *n.* 93.) eſt uniuſcujuſque de populo. Id vero quid efficit; niſi, ut legibus nulli jus ſit, de publico crimine paciſci vel tranſigere: quia legibus nulli licet de re publica paciſci vel tranſigere *l.* 7. §. 7. *&* 14. *item l.* 27. §. 4. *D. de pactis?* Atque huc Tertullianus reſpicit, *De fuga in perſecutione c.* 12. cum, *Miles*, inquit, *me vel delator, vel inimicus concutit, nihil Cæſari exigens, imo contra faciens, cum Chriſtianum legibus humanis reum, mercede dimittit.* Sic in publicis criminibus.

Quid in privatis? idem vel ſimile: modo de his criminaliter agatur. nam etſi ea nec ſic publica fiant crimina *l. ult. D. de furtis*: non tamen jam privata vertitur utilitas; (quod in civili & ordinario judicio fieri, ſuperiore oſtendi capite) ſed hoc agitur, (quod Paulus obſervat *l.* 9. §. 5. *D. de publicanis*) uti publicæ vigor diſciplinæ extra ordinem vindicetur. Quod cum ad exemplum ſpectet, id eſt, ad publicam utilitatem: (uti optime oſtendit Tryphoninus *l.* 31. *D. Depoſiti*, & præter hunc Donatus, ad Terentium, *Eunucho*, 5. 5. *verſ.* 4. cum ſic ſcribit, *Graves pœnæ quæ poſſunt cæteris documento eſſe*, *exempla dicuntur*) apparet, pactum, qualecumque fiat de privatis delictis, cum ex his criminaliter agitur, numquam valere: quia legibus nulli conceditur de publica utilitate paciſci.

Nec tamen id eo pertinet, ut quis nolens accuſare, magis accuſare, quam agere, cogatur. Non enim ita eſt: & clare Imp. Diocletianus, *Invitus*, inquit, *agere vel accuſare nemo cogatur l. unic. C. Ut nemo invitus agere vel accuſare cogatur.* Sed huc ſpectat, ut pactum, ſi quod fiat, *Ne crimen accuſetur*, nullius momenti eſſe intelligatur: ſcilicet; quia pacti de aliena re facti ab eo cui non eſt paciſcendi facultas, non eſt probabilis cauſa. potius turpis dicenda eſt: præſertim, ſi fiat, pecunia data, aut promiſſa, aut retenta; quippe, cum jam manifeſta corruptio ſit.

Eique rei etiam hoc indicio eſſe poteſt, quod qui de criminibus tranſigerent, ejuſmodi pacta non palam, ut hæc quæ honeſta, &

licita eſſent, ſed clanculum & furtivum in modum, facerent. Donatum audi ad illud Terentii, *Phormione* 4. 3.

> *Soli ſumus nunc hic inquam, eho dic quid velis dari*
>
> *Tibi in manum, ut herus his deſiſtat litibus.*

Sic enim ait, *Datur ei in manum quod ſeparatim accipit ſine arbitrio, aut interprete, ut prævaricator aut judex corruptus.* Donato jungam Tertullianum, *lib. De fuga in perſecutione c.* 12. Verba Tertulliani. *Tu autem pro eo paciſceris cum delatore, vel milite, vel furunculo aliquo Præſide ſub tunica & ſinu quod ajunt furtivo.* Symmachum quoque *lib.* 2. *Epiſt.* 75. Verba Symmachi. *Cum in judicio Præfecturæ famoſa cauſa penderet; Diſcolius qui furti detulerat actionem, multoſque noſtri ordinis viros criminatione perſtrinxerat, occulte cum reis inita pactione non ſine diſceptatoris invidia eluſit examen.* Eſt igitur omnis quidem pacti, ſed transactionis in primis, cum de crimine fit, illicita aut turpis cauſa: ſive reum, ſive accuſatorem, ſpectes: quia uterque de re publica malo exemplo paciſcitur. quippe alter adverſario, ne læſam vindicet diſciplinam, pecuniam dat in manum, motus conſcientia criminis; nec daturus, ſi ea non moveretur *l.* 34. *D. de jure fiſci:* alter publicam prodit cauſam quam ſe ulciſci velle profitetur; & ut prodat, patitur, ſe pecunia corrumpi. Numquam igitur valet pactio aut transactio de publicis aut privatis criminibus ex quibus criminaliter agitur: quia plerumque turpiter, ſemper de re publica, fit. Atque hoc neſcio an Paulus ſignificet *lib.* 1. *Sent. tit.* 8. §. *ult.* cum, *De criminibus*, inquit, *propter infamiam nemo cum adverſario paciſci poteſt.*

CAPUT VI.

Accuſatori nullam ex transactione de crimine eſſe petitionem: etſi quid a reo ſtipulatus ſit. Imperatores, Diocletianus & Maximianus, expoſiti l. 9. *C. de contrahenda ſtipulatione. Etiam Valerianus & Gallienus l.* 3. *C. Ad Senatusconſultum Turpilianum.*

Neque id Paulus tantum teſtatur; ſed Diocletianus quoque & Maximianus quorum ſententiam inveſtigamus: hoc amplius volunt illi Imperatores, accuſatori qui de crimine tranſegit, nullam ex tranſactione eſſe petitionem; ne ſi ob omittendam quidem accuſationem quid a reo ſtipulatus ſit. Verba Diocletiani & Maximiani, ſi quis inſpicere velit, appoſui ex *l.* 9. *C. de contrahenda ſtipulatione.* ea verba ſunt.

> *Si quidem Zenoni ſtipulanti mortis vel cruciatus corporis territus timore ſpopondiſti: adverſus experientem exceptione propoſita defendi potes. Sin vero nihil tale probetur: accuſationis inſtitutæ vel futuræ prætextu, non ob turpem, ſed probabilem cauſam habita ſtipulatione, promiſſio non infirmatur. Sin autem ob non inſtituendam accuſationem criminis pecunia promiſſa ſit, cum de hujusmodi cauſis paciſci non liceat, petitio denegatur.*

Facta in hac lege tranſactio inter Zenonem & Capitonem de delicto ex quo poterat civiliter & criminaliter agi: quod multis in caſibus contingere, docet nos *l. unic. C. Quando civilis actio criminali præjudicet.* Cum vero de jure ejus pactionis dubitaretur, conſulti a Capitone Imperatores, ei ſic reſcripſerunt: ſi tibi, Capito, metu mortis vel cruciatus corporis extorta a Zenone ſit promiſſio: es quidem ſubtili jure obligatus; ſed adverſus bonos mores. potes igitur te, ſi conveniaris, defendere propoſita exceptione, Quod metus cauſa. quod ſi id non ſit; ſed te probabilem ob cauſam obligaſti, cum tranſigeres de civili & pecuniaria ex delicto actione: recte teneris; nec poteris te, ſi conveniaris, ea exceptione tueri; etſi velis uti prætextu accuſationis inſtitutæ vel futuræ quam metueris: quia non ob cauſam eam turpem atque improbabilem habita ſtipulatio eſt; ſed ne civili & pecuniaria actione convenireris: quod nullo jure improbatur. Quid, ſi pecuniam ſtipulanti promiſeris, ne adverſus te criminis accuſationem inſtituat? jam denegabitur ei ex ſtipulatu actio: quia de hujuſmodi cauſis, qualeſcumque ſint, paciſci non licet; cum non ſit probabilis, ſed turpis & illicita, pacti cauſa. Non igitur valet tranſactio de omittenda criminis publici aut privati accuſatione; neque ex ea quid, etſi ſequuta ſtipulatione, exigi poteſt. ac veriſſime Ulpianus *l.* 7. §. 16. *D. de pactis*, *Generaliter*, inquit, *quoties pactum a jure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportet: nec legari: nec jusjurandum de hoc adactum, ne quis agat, ſervandum, Marcellus libro ſecundo Digeſtorum ſcribit: & ſi ſtipulatio ſit interpoſita de his pro quibus paciſci non licet, ſervanda non eſt, ſed omnimodo reſcindenda.*

Nec eſt, quod metuam, ne pergentem hoc itinere detineant Imperatores, Valerianus & Gallienus, *l.* 3. *C. Ad Senatuſconſultum Turpilianum*; cum ajunt.

> *Quamvis eum ordinem ſcriptura contineat, ut primo abolitio criminis poſceretur, & tunc dehinc omnibus placitis obtemperaretur, non obſervantibus tamen adverſariis pactorum fidem, inſtaurare actionem minime potes, a qua ipſe deſtitiſti.*

Facile enim moleſtiam quæ primo apparet ad-

Digitized by Google

adſpectu, diſcutit Reſcripti ſpecies: ea ſpecies eſt. Ego accuſavi aliquos. hi mox pacti mecum ſunt, ut ego peterem abolitionem; & ipſi deinde aliqua mihi præſtarent. ego impetrata abolitione deſtiti a crimine. illi non ſervant pacti fidem. Non hæc quæſtio eſt, an poſſim exigere quod rei promiſere, (nam de ea altum eſt ſilentium) ſed an poſſim redire ad accuſationem a qua deſtiti. Hoc vero negant Imperatores: rectiſſime. nam & Papinianus *l. 4. §. 1. D. eod. tit.* *Poſt abolitionem*, inquit, *idem crimen ab eodem in eundem inſtaurari nequit.*

CAPUT VII.

Accuſatorem & reum puniri ideo quod de omittenda criminis accuſatione tranſegerint.

At non tantum nulla eſt pactio tranſactioque; cum de omittenda accuſatione fit: ſed & coërcendi accuſatoris ac rei cauſam habet. Adeo tantum abeſt, ut jure ac legibus juvetur; ut e contrario prope peccatum conſiſtere; nec a pœna vacua eſſe intelligatur. Auctor Tacitus *lib. 14 Annal. c. 41.* *Pari*, inquiens, *ignominia Valerius Ponticus afficitur, quod reos, ne apud Præfectum Urbis arguerentur, ad Prætorem detuliſſet, interim ſpecie legum, mox prævaricando ultionem eluſurus. Additur Senatuſconſultum, Qui talem operam emptitaſſet, vendidiſſetve, perinde pœna teneretur, ac ſi publico judicio condemnatus.* Et *lib. 6. Annal. c. 30.* *Accuſatores, ſi facultas incideret, pœnis adficiebantur: ut Servilius Corneliuſque perdito Scauro famoſi, quia pecuniam a Vario Ligure omittendæ delationis ceperant, in inſulas interdicto igni atque aqua dimoti ſunt.* Sed & Macer *l. 8. D. de accuſationibus* ait, eos qui nummos acceperint ob non accuſandum, accuſare prohiberi ob turpem quæſtum. Et in *l. 2. D. de concuſſionibus* Senatusconſultis, inquit, jubentur pœna Legis Corneliæ teneri qui ob non accuſandum pecuniam acceperint. Quid? quod idem Macer *d. l. 2.* præterea concuſſionem eſſe dicit, ſi ideo quis pecuniam accepit, quod crimen minatus ſit. Atque hunc pacti illius exitum etiam Tertullianus indicat, *De fuga in perſecutione c. 12.* ſequentibus verbis. *Quid enim dicit ille concuſſor? Da mihi pecuniam. certe ne eum tradat: ſiquidem non aliud venditat, quam quod præſtaturus eſt præmio tuo.* Ne addam nunc, accuſatorem qui ab accuſatione citra abolitionem deſiſtat, Senatusconſulto Turpiliano puniri *l. 1. §. 7. D. Ad Senatusconſultum Turpilianum* pœna infamiæ & quinque librarum auri *l. 6. §. 3. D. de Decurionibus, & l. 3. §. ult. D. de prævaricatione*, tum alia extra ordinem pro motu Judicis infligenda *l. 2. C. Ad Senatusconſultum Turpilianum*; utique, ſi jam detulerit crimen judicii publici *d. l. 6. §. 3.* & cauſa criminis ordinata, (id eſt, inſcriptionibus depoſitis, & fidejuſſore de exercenda lite præſtito) eoque qui accuſatur, ſub cuſtodia Officii facto, non impetrata abolitione ab executione criminis deſtiterit *l. 1. C. Ad Senatusconſultum Turpilianum.* Id vero ſi ita eſt: nil verius eſt, quam eum qui de inſtituta criminis accuſatione tranſegerit, Senatusconſulto Turpiliano coërceri. nam (ſi Paulo fides *l. 6. D. eod. tit.*) *Ab accuſatione deſtitit qui cum adverſario ſuo de compoſitione ejus criminis quod intendebat, fuerit loquutus.* Paulus autem *compoſitionem* pro transactione dixit: & *de compoſitione criminis loqui*, pro, *tranſigere* de crimine, ſive accuſatione. Proinde apparet, eum qui tranſegerit de crimine judicii publici, in Senatusconſulti Turpiliani pœnas incidere. Cæterum (quod commode obſervat Ulpianus *l. 7. §. 1. D. eod. tit.*) *Si ſtellionatum quis objecerit, vel expilatæ hereditatis crimen, & deſtitit: pœnam Senatusconſulti Turpiliani non ſubibit: ſed officio judicis culpa ejus coërcebitur.* Nec ſat ſcio, an huc reſpiciat hoc Symmachi *lib. 2. Epiſt. 75.* *Cum in judicio Præfecturæ famoſa cauſa penderet; Diſcolius qui furti detulerat actionem, multoſque noſtri Ordinis viros criminatione perſtrinxerat, occulte cum reis inita pactione, non ſine diſceptatoris invidia eluſit examen. Ad hujus inveſtigationem miſſus apparitor, ſi Prætorianorum adminiculum ſortiatur, proclivior facultas retrahendi accuſatoris eveniet. Intereſt publicæ diſciplinæ, ſimulque ad famam pertinet cognitoris, ut eum ſummo ſtudio conquiſitum reduci in judicium ſub cuſtode præcipias, ne innocentiam ſenatorum obnoxia rumoribus ſuſpicio decoloret.* Verum de accuſatore res nimis manifeſta eſt.

Nec minus in reo claret ex Taciti loco quem ſupra attuli ex *lib. 14. Annal. c. 41.* Præterea ſcribit Ulpianus, *lib. 8. Diſputationum*, in eum qui delatorem corrupit in fiſcalibus cauſis, ſive in criminibus ex quibus fiſci quæſtiones naſcuntur, conſtitutam eſſe hanc pœnam, ut pro victo habeatur *l. 29. D. de jure fiſci.* quis autem magis delatorem corrumpit, quam qui cum delatore tranſigit, denique pretio dato cum eo paciſcitur, *Ne accuſet?* Atque id adeo exploratum eſt, ut Ulpianus qui in *d. l. 29.* dixit, *Ejus qui delatorem corrupit, eam conditionem eſſe, ut pro victo habeatur. nam in fiſcalibus cauſis id conſtitutum eſſe*, hoc ſic exprimat *l. 4. D. eod. tit.* *In fiſci cauſis pacti cum delatoribus pro confeſſis habentur, ſi modo pretium vel modicum dederunt.* Illud tamen obſervandum, quod Ulpianus *d. l. 29. D. de jure fiſci* ait, hanc confeſſi pœnam adverſus ipſum quidem qui delatorem

redemit, locum habere; ſed non debere adverſus ejus heredem tranſire: & addit, quod non exinde perit cauſa ex quo redempta eſt, vel actio perimitur, vel condemnatio facta videtur; verum oportet conſtare prius, & de crimine pronuntiari. Superioribus pœnis addam falſi accuſationem: nam vel hanc, ſi de crimine tranſigatur, æque reo, atque accuſatori, imminere, capite penultimo hujus libri apparebit. Sed oſtendi, tantum abeſſe, ut de criminibus jure tranſigi poſſit, ut e contrario ea tranſactio jure prohibeatur; ac, ſi fiat, improbari, denique in crimen cadere; nec a pœna libera eſſe, intelligatur.

Caput VIII.

Reo quidem, ſi cum accuſatore tranſegerit de crimine quod mortis pœnam contineat, tranſactionis veniam dari: ſed nihilominus nullam eſſe tranſactionem. Ulpianus l. ult. D. de prævaricatione, & l. 1. D. de bonis eorum qui ante ſententiam mortem ſibi conſciverunt, expoſitus. Imperatores quoque, Severus & Antoninus, apud Macrum l. 2. D. eod. tit.

Una, inquies, ab hac Regula exceptio, *In ſanguine:* quam obſervat Ulpianus *l. ult. D. de prævaricatione*. Nempe is *lib.* 4. *De Cenſibus*, ex quo ea lex eſt, diſputabat de crimine fraudati cenſus: (ſic vocatur *l.* 1. *C. de quæſtionibus*) cumque occurreret quæſtio de jure tranſactionis, *Ne fiat accuſatio fraudati cenſus*; negabat, videri tranſactionem pactionemve quæ de crimine fieret. corruptionem eſſe, exiſtimabat. quin addebat, *In omnibus cauſis, præterquam in ſanguine, qui delatorem corrupit, ex Senatusconſulto pro victo haberi*. Eſt ergo in criminum tranſactione hæc inſignis exceptio, *Præterquam in ſanguine*. Sed quæ ejus vis ac poteſtas ſit, nondum liquet. Nec tamen intercedo, quo minus ita exponatur, *Præterquam in crimine cujus pœna ſit mors naturalis*. Illud non æque patiar, etſi omnes ſuadeant, eam perinde exaudiri; ac ſi velit, tranſactionem quæ in ſanguine fiat, inter accuſatorem & reum valere, quaſi legibus approbatam, aut non prohibitam. id enim verum non eſt; neque Ulpiani verbis congruit. ait is, reum in cauſa ſanguinis, ob tranſactionem, ſi quam fecerit, non haberi pro victo; id eſt, ob eam ex Senatusconſulto non puniri: nihil præterea. Poſtremo iſta mihi ſuſpicio eſt, pœnam corrupti delatoris apud Ulpianum in *d. l. ult.* Senatusconſulto adſcribi; ſed exceptionem, *Præterquam in ſanguine*, non Senatusconſulto deberi; ſed Decreto Principum: quibus deinde viſum in Cognitione fuit, Senatusconſulti rigorem in cauſa ſanguinis laxare. Intererit, hæc paucis confirmaſſe: quia facile evincunt, quod dixi, tranſactionem de capitali crimine illa exceptione, *Præterquam in ſanguine*, apud Ulpianum in *d. l. ult.* non approbari. Cujus autem potius utar teſtimonio, quam Ulpiani cujus ſententia quæſtioni eſt? is vero in *l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante ſententiam mortem ſibi conſciverunt*, (quæ eſt ex *lib.* 8. *Diſputationum*, ex quo eſt quoque *l.* 29. *D. de jure fiſci*, de qua ſuperiore monui capite) *In capitalibus*, inquit, *criminibus a Principibus decretum eſt, non nocere ei qui adverſarium corrupit: ſed in his demum quæ pœnam mortis continent. nam ignoſcendum cenſuerunt ei qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluit.* Sic Ulpianus; tria illa quæ attuli pro expoſitione *d. l. ult.* clare demonſtrans. Primum enim negat, reo nocere, ſi adverſarium corruperit, id eſt, ſi cum eo tranſegerit, ſive, ſi aliquo dato, vel promiſſo, cum eo pactus ſit, *Ne ſe accuſet in capitali crimine:* nec tamen ſemper atque indiſtincte; *ſed demum, ſi mortis pœnam*, quam & *ſanguinem* vocat, comprehendat. Hæc prima noſtra ad *d. l.* 1. obſervatio: eaque illud, *in ſanguine*, in *d. l. ult. D. de prævaricatione*, item *ſanguinis pœnam*, & *capitale crimen* in *l.* 18. *C. de tranſactionibus*, tantum naturalem indigitari mortem, tam manifeſte apparet, ut nil neceſſe ſit, pluribus demonſtrare, crimina quæ ſummo ſupplicio vindicantur, ſi quæ in his tranſactio, ſeu corruptio, a reo facta dicatur, in *d. l. ult.* a Senatusconſulti ſeveritate excipi.

Dabo tamen honori Imperatorum, Severi & Antonini: ut ex eorum Reſcripto quod a Macro adfertur *l.* 2. *D. de bonis eorum qui ante ſententiam*, tollam ſcrupulum: qui neglectus, forſan male haberet Studioſos Juris. Verba hæc ſunt. *Imperatores Severus & Antoninus Julio Juliano. Eos qui a latronibus nominati corruptis accuſatoribus diem ſuum obierint, ut confeſſos de crimine, non relinquere defenſionem heredibus, rationis eſt.* Ita Florentiæ editur. Sed probo conjecturam V. Cl. Jacobi Cujacii, *lib.* 6. *Obſerv. c.* 24. legentis, *rationis non eſt.* ſic enim convenit Severo & Antonino cum Ulpiano *l.* 29. *D. de jure fiſci*, qui ſub illis floruit. Thema hoc eſt. proponuntur latrones capti, &, ut fit, interrogati, alios nominaſſe: qui deinde ab aliis, quibus jus accuſandi erat, accuſati, diem ſuum obierint, poſtquam pecuniam accuſatoribus dedere; ea lege, ut ab accuſatione deſiſterent. Quæſivit Julius Julianus, an confeſſi pœna, quæ reos tenet qui accuſatores ſuos corruperunt, reis mortuis, ad eorum heredes pertingat. Imperatores autem id rationis eſſe negarunt. nimis ſecure: niſi putarunt, reos ob

tranſ-

tranſactionem, vel in ſanguine factam, confeſſi pœna teneri; cum præſertim latrocinium de quo interpoſita ea tranſactio eſt, naturali morte vindicetur *l. 28. §. 15. D. de pœnis.* Tantum de loci aſperitate. Nunc age, eam molliamus expoſitione uſus legis Corneliæ de ſicariis. nam ea latrones puniri, oſtendi *lib. 4. Probabilium cap. 7.* Nec tamen par erat latronum ratio, utique Severi & Antonini tempore: ſed alii altiore, alii ſecundo, alii infimo, conſiſtebant gradu. porro in altioribus obtinuiſſe legis Corneliæ pœnam, Marcianus auctor eſt *l. 3. §. 5. D. Ad legem Corneliam de ſicariis:* eamque pœnam tum fuiſſe deportationem cum omnium bonorum publicatione: in cæteris mortem placuiſſe. nam qui ſecundi erant loci, ſolitos capite puniri: qui infimi, cruci affigi, vel beſtiis objici. Id probavi pluribus *d. cap. 7.* nec jam dubito, quin facile expediatur difficultas *d. l. 2.* ſi fingamus, latrones qui in ea diem ſuum, corruptis accuſatoribus, obiere, altiores fuiſſe. Non enim hi aliter, quam deportatione, & omnium bonorum amiſſione, coërcebantur. ob hujus autem metum pœnæ non dabatur reis venia tranſactionis *d. l. 1. D. de bonis eorum qui ante ſententiam.* igitur poterat a Julio Juliano quæri; utrum latrocinii accuſati primi ordinis latrones, cum ſuos corruperunt accuſatores, tantum ipſi confeſſi pœna tenerentur; an ea pœna, iis mortuis, quoque adverſus eorum heredes tranſiret. Iſtæc res eſt. Si quidem in Severi & Antonini verbis fieret honeſtiorum mentio latronum: at nuſquam facta. Ita eſt; ſed nec opus erat fieri: quippe cum reſcriberent Imperatores ad Libellum Julii Juliani, in eoque proponi latronum conditionem ſufficeret. Nunc vero ut in Reſcripto nulla appareat; tamen quia nec contraria indicatur, & interim ſolet factum in Libellis enarrari, & ſi alicubi quid ſit neglectum, reprehenſio eſt, ut in *l. 8. C. de impuberum & aliis ſubſtitutionibus,* & *l. 3. C. de duobus reis ſtipulandi;* quid impedit, quo minus, quod Reſcripto deeſt, ex recepto jure conjiciam: exemplo Ulpiani, qui in *l. 23. §. 2. D. de condictione indebiti* ſimilem tenuit viam ad eorundem Imperatorum intellectum.

Sed revertamur ad *d. l. 1. D. de bonis eorum, qui ante ſententiam.* in ea lege negat Ulpianus, reo nocere, ſi adverſarium corruperit in criminibus mortis naturalis pœnam continentibus; eaque negatione primam, quam feci, obſervationem ad *l. ult. D. de prævaricatione* confirmat. Idem dicam de ſecunda. non enim ait Ulpianus in *d. l. 1.* reo vel in ſanguine concedi tranſigendi facultatem; utique, ut tranſactio legibus fieri, atque his effectum habere intelligatur. minime. ſaltem ait, reo, ſi tranſegerit, ignoſci, ne ei noceat, quod adverſarium corrupit. Significat igitur, reum, facta, quamvis in ſanguine, tranſactione, peccaſſe adverſus leges quibus tranſactio de criminibus prohibetur, atque etiam pœnam meritum; ſed a pœna excuſari: cæterum de tranſactionis vi atque effectu verbum non addit. proinde quid verius eſt, quam eam, licet a pœna liberetur, tamen nullius momenti manere? quod ſimiliter his quæ ſupra monui ex *d. l. ult.* convenit. Poſtrema noſtra obſervatio Ulpianum ſic accepit in *d. l. ult.* quaſi is corrupti accuſatoris pœnam Senatuſconſulto adſcribat: exceptionem, præterquam in ſanguine, non æque. Verum hanc quoque obſervationem idem juvat Ulpianus in *d. l. 1.* Non enim exceptionem eam Senatuſconſulto imputat, ſed Principum Decreto, poſtea inſecuto: ejuſque Decreti rationem adfert ſane elegantem. Ea ratio eſt, quod Principes, moti miſeratione humani affectus, ad ſui conſervationem inevitabili neceſſitate inclinantis, benigne interpretati ſunt, pecuniam quæ, ob omittendam in ſanguine accuſationem, accuſatori a reo datur, non criminis conſcientia dari; ſed ut vitam ſuam qualicumque ratione redimat a periculo mortis qua nihil homini terribilius ſit Sed de uſu juris, exceptioniſque circa criminum tranſactionem pactionemque ſatis.

CAPUT IX.

Imperatores, Diocletianus & Maximianus, declarati in l. 18. C. de tranſactionibus.

Tantum ſupereſt, ut oſtendam, quid ſignificent Impp. Diocletianus & Maximianus *l. 18. C. de tranſactionibus:* quia vereri quis poſſit, ne ſit alia eorum, quam noſtra, de his ſententia: cum ſic ſcribunt, *Tranſigere vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, probibitum non eſt: in aliis autem publicis criminibus quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem.* Ecce, Diocletianus & Maximianus negant, prohibitum eſſe, tranſigere vel paciſci de capitalibus criminibus. quæ igitur invidia eſt, non pati, valere tranſactionem quam illi legibus impediri negant? Verum ſuccurramus Juris prudentiæ, expulſa caligine ei perquam moleſta. Sic autem cenſeo, atque idem probavi hujus Operis capite ſecundo, Imperatores non facere Conſtitutionem proprie dictam: non etiam mutare quid ex recepto & ſolemni jure: ſed reſcribere ad Libellum Valentis, ipſos pro ejus ſeculi more de Jure conſulentis. proinde nolim, hoc eorum Caput ad modum Conſtitutionis novæ aut generalis explicari; ſed quaſi ſpe-

ciale

ciale Reſcriptum, atque ex uſu juris certi, denique convenienter propoſitæ Valentis Conſultationi, accipi. Multo minus eos exaudiam, quaſi velint, competere accuſatori & rèo tranſactionem de capitalibus criminibus: ita ut, ſi fiat, lege non prohibente fieri, & optimo jure ſuſtineri, intelligatur. Cum enim jam liqueat, qualemcumque de criminibus tranſactionem legum ſeveritate prohiberi; tum factam improbari; amplius, pro peccato puniri; ac, ſi de ſanguine fiat, reo ſaltem Principum lenitate remitti: profecto longe eſt, ut, quod creditur, eſſe negotium Diocletiano & Maximiano poſſit ullo modo. Abit enim a ſolemni jure de quo illi ſe reſcribere profitentur. Sed nec Valens is ad quem reſcriptum eſt, quæſivit, quæ tranſactio de criminibus nulla ſit, aut valeat: ſed quæ evitet falſi accuſationem; aut ſub ea relinquatur. Itane? ſenties: ſi mentem animi ad priorem & poſteriorem Reſcripti verſum, tum ad utriuſque connexionem, paulo intentius advertis. Proinde quid ceſſo, opinari, unum atque optimum eſſe hujus Reſcripti ſenſum: Scire debes, Valens, quod, poſtquam Principum Decreto placuit, non nocere reo tranſactionem, corrupto in capitalibus criminibus adverſario, deinde non poteſt ei prohibita iis in criminibus cenſeri tranſactio; utique, ut falſi accuſationem metuat: quia, etſi legibus fieri prohibeatur, & facta pro falſi crimine habeatur; tamen reo Principalis humanitate Decreti ignoſcitur. Aliter atque in criminibus quæ ſanguinis pœnam non ingerunt: in quibus non poteſt reus tranſigere, quin in falſi accuſationem incidat: quia non eſt viſum Principibus, reo in his quæ non continent ſanguinis pœnam, tranſigenti, ſive tranſactionis, ſive corruptionis, id eſt, peccati, veniam dare. Expoſui *l.* 18. *C. de tranſactionibus*; ſimul rationem atque effectum tranſactionis de capitalibus criminibus

CAPUT X.

Reum publici criminis ab accuſatore cum quo tranſegit in cauſa ſanguinis, non poſſe repeti: quamquam non vi transactionis; ſed quia accuſator qui nummos accepit, ne accuſet, amplius accuſare prohibetur.

Alius enim exitus non eſt: niſi quis cum Græco Scholiaſte, *lib.* XI. *Baſilic. tit.* 2. *Scholio ad l.* 18. *C. de tranſactionibus*, *lit. B. pag.* 810. *& ſeq. tom.* 1. ne de aliis dicam, hunc, quoque eſſe effectum putet, ne reus ab eo cum quo tranſegit in publico crimine, repetatur, reſiſtente pacti exceptione quam in Edicto promittit Prætor *l.* 7. §. 7. *D. de pactis.* Sed mihi religio fuerit, eis qui hoc cenſeant, accedere. Non enim tranſactio eſt quæ creditur, ſed corruptio: nec legibus firmatur; ſed reo, ne ei noceat, Principum lenitate donatur. Non igitur poteſt tranſactio quæ legibus adverſatur, pacti exceptione adjuvari. An quid verius eſt, quam quod Prætor in Edicto ſervat pacta, non omnia; ſed ea quæ neque dolo malo, neque adverſus leges, aut in fraudem legum, facta fuerint *d. l.* 7. §. 7. Quid, ſi nec ratio patitur, Edictum quo Prætor promiſit, pacta ſervare, aliis applicari pactis, quam de quibus cogitavit Prætor? Atqui non potuit cogitare, niſi de pactis quæ ſint de privatis & civilibus actionibus: quia hæ ſolæ ad ejus juriſdictionem atque imperium pertinebant: ac proinde, ſi de his facta eſſent pacta, poterat ea Prætor, inſtitutis deinde apud ſe actionibus, pacti exceptione ſervare. Non idem erat; ſi quod de publico crimine interpoſitum eſſet pactum. Quid enim Prætori cum criminibus de quibus nulla ei cognitio erat? An potuit promittere, ſe ſervaturum pacta de criminibus quorum accuſatio non apud eum, ſed olim apud ſuum Quæſitorem, & deinde apud Præfectum Urbi, inſtituebatur? Sed certa res eſt; ſi quæ de crimine facta eſſet pactio transactiove inter accuſatorem & reum, deque eo rurſus agere vellet accuſator, Prætorem non potuiſſe reo adverſus accuſatorem pacti exceptionem dare; vel quia ratio reſiſtit, ne quis de re publica, id eſt, aliena, paciſcatur; vel quia accuſatio non apud Prætorem inſtituebatur, ſed, ut dixi, olim apud ſuum Quæſitorem, & poſtea apud Præfectum Urbis. Simili plane collectione qua Ulpianus *l.* 93. *D. de Ædilitio Edicto*, poſtquam quæſiverat, cur ab Ædilibus nihil edicatur de locationibus: *Hæc tamen*, inquit, *ratio redditur: vel quia numquam iſtorum hac de re fuerat jurisdictio, vel quia non ſimiliter locationes, ut venditiones fiunt.*

Atqui non poteſt accuſator, poſtquam ſemel agere deſtitit, amplius accuſare in publico judicio. Quis negat? ſed non ideo hoc fit, quod eum reus pacti exceptione repellit. habet ea res cauſam longe aliam, nec ab Edicto Prætoris, ejuſve exemplo, proficiſcentem; ſed ab infamia qua eum qui citra veniam abolitionis publici judicii quæſtionem deſeruerit, ex Turpiliano Senatusconſulto notari, exemplo ejus qui calumniæ cauſa judicio publico damnatus ſit, Papinianus obſervat *l.* 6. §. 3. *D. de Decurionibus.* Eam igitur ob cauſam hæc ei pœna imponitur, ne accuſet: perinde quaſi indignus ea libertate ſit qui Legem prodidit. Id Paulus indigitat, *lib ſing. De pœnis omnium Legum*, ſequentibus verbis, *Qui deſtiterit agere, amplius & accuſare prohibetur*

tur l. 2. D. Ad. Senatusconſultum Turpilianum. Venulejus quoque Saturninus probat *l. 5. D. de prævaricatione*, *Accuſator*, inquiens, *in prævaricatione convictus poſtea ex lege non accuſat.* Venulejo accedit Macer *l. 8. D. de accuſationibus*; cum ait, *Alios* (prohiberi accuſare) *propter turpem quæſtum, ut qui duo judicia adverſus duos reos ſubſcripta habent, nummosve ob accuſandum, vel non accuſandum, acceperint.* Atque hoc non tantum in capitalibus criminibus jus eſt; ſed in his quoque quæ non ſunt capitalia. utique, ut omittam hæc quæ jam attuli teſtimonia, de adulterio Ulpianus *l. 2. §. 1. D. Ad legem Juliam de adulteriis*, *Marito* (inquit) *jure mariti accuſanti illa præſcriptio objicitur, Si Legem prodidiſſe dicatur ob hoc, quod aggreſſus accuſationem adulteris deſtitit.*

CAPUT XI.

Reum, poſtquam cum accuſatore tranſegit in ſanguine, ab aliis accuſari poſſe. Sed nec Magiſtratum prohiberi, inquiſitione uti, ſi velit, nullo exiſtente accuſatore.

Igitur publici reus criminis, ſi in ſanguine tranſigat, ab eo cum quo tranſegit, non vi pactionis, ſed in ejus pœnam, liberatur. An & a cæteris? finge, privatos accuſare in publico crimine; finge, Magiſtratus inquiſitione uti velle, nullo exiſtente accuſatore. Cenſent egregii Juriſconſulti, cum Latini, tum Græci, *Baſilic. lib. 60. tit. 34. Scholio ad l. 6. C. de his qui accuſare non poſſunt lit. L. pag. 579.* Sed metuo, ne errent. non enim transactio eſt quæ dicitur, ſed corruptio; neque adeo juvatur jure; neque delet criminis obligationem: tantum accuſatori, quaſi indigno, aufert accuſationem. Porro quis ferat, alterius peccato & pœna alieno juri, denique publicæ utilitati, præjudicium fieri? Atque hoc ratione intelligitur. Sed nil, vetat, idem quoque auctoritate demonſtrari: nec defugiet eam Marcianus *l. 5. §. ult. D. Ad legem Juliam de vi publica*; ait certe, Qui vacantem mulierem rapuit, vel nuptam, ultimo ſupplicio puniri; &, ſi pater injuriam ſuam precibus exoratus remiſerit, tamen poſſe extraneum ſine quinquennii præſcriptione reum poſtulare. Scio, loquitur Marcianus de gratuito pacto: ſed, ſi in eo id jus eſt; quanto magis in transactione obtinebit? Quamquam argumentum mitto: quid enim eo opus? clare Tertullianus, *De fuga in perſecutione c. 14. Eſto* (inquiens) *ſapientia, non præmio, cautus. Neque enim ſtatim & a populo eris tutus, ſi officia militaria redemeris.* Conſtantinus quoque *l. 1. Cod. Theod. de abolitionibus* ex qua deſcripta eſt *l. 2. C. eod. tit.* Verba Conſtantini. *Si poſt ſtrepitum accuſationis exortæ abolitio poſtuletur, cauſa novæ miſerationis debet inquiri, ut ſi citra depectionem id fiat, poſtulata humanitas præbeatur: ſin aliquid ſuſpicionis extiterit, quod manifeſtus reus depectione celebrata, legibus ſubtrahatur, redemptæ miſerationis vox minime admittatur, ſed adverſus nocentem reum inquiſitione facta pœna competens exeratur.* Sed nec illud omittendum, quod idem Conſtantinus *l. 3. C. Pro quibus cauſis ſervi pro præmio libertatem acceperunt* conſtituit, ut *Si quis ſervus Raptus* [*virginis*] *facinus diſſimulatione præteritum, aut pactione transmiſſum, detulerit in publicum; libertate donetur.* Non igitur nocet reo transactio in ſanguine.

CAPUT XII.

An ut reo, ſic accuſatori, ignoſcitur, ſi in ſanguine tranſegerit? velle Doctiſſimos Viros; ſed nullo jure: nec referre, utrum facta ſit transactio ante, an poſt, delatum, rei nomen, factamque in crimen ſubſcriptionem. Impp. Diocletianus & Maximianus expoſiti l. 18. C. de transactionibus.

Quid de accuſatore dicemus? nec ei nocere tranſactionem; ſi quam capitali fecerit in crimine? Sic placet Doctiſſimis Viris. iiſque facere videntur Diocletianus & Maximianus in *l. 18. C. de tranſactionibus* ſic generaliter reſcribentes, *Tranſigere vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt.* Cum enim non ſeparant Imperatores a reo accuſatorem; quæſo, quid volunt, niſi tranſactionem pactionemque de capitali crimine utrique permitti: quia neutrum prohibent, de capitali crimine tranſigere vel paciſci? Sed vereor, ne ſic perperam colligatur. Non enim continetur Diocletiani & Maximiani verbis generalis Conſtitutio, circa cujus interpretationem argumentum probe fiat a verborum latitudine ad conſequentiam juris ea definiti. Magis Reſcriptum fuit ad Valentis, id eſt, ad cujuſdam privati hominis, Libellum: ut ex Capitis Inſcriptione in anteceſſum oſtendi. Hoc amplius cenſeo, ne quæſiviſſe quidem Valentem, utrum tantum reo, an etiam accuſatori, de crimine capitali impune tranſigere vel paciſci liceret; ſed, cum certum eſſet, tantum reo licere ſine pœna tranſigere, accuſatori non licere; ſaltem quæſiviſſe Valentem, an

reo æque de publicis criminibus quæ infra mortis pœnam conſiſterent, ac de his quæ in eam caderent, impune tranſigere vel paciſci liceret. Atque huic meæ ſententiæ quod fortius adſeram argumentum, quam ipſius ſummam Reſcripti? in quo Imperatores tantum unam finiunt quæſtionem quæ circa criminum genera movebatur; ſed alteram quæ poterat ad paciſcentium perſonas pertinere, non attingunt. ſic ſane ajunt, *Tranſigere vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt: in aliis autem publicis criminibus quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem.* Nulla in hoc Reſcripto accuſatoris, nulla rei, mentio: nec aliam ob cauſam; quam quod a Valente non de paciſcentium perſonis fuit quæſitum; ſed de genere criminis de quo pactio tranſactioque fieret ſine falſi pœna: oportere enim Reſcriptum propoſitæ reſpondere quæſtioni, quis tam ineptus eſt, ut non intelligat? Non igitur poteſt, quod volunt Doctiſſimi Viri, ex hoc oſtendi Reſcripto, tranſactionem de capitalibus criminibus æque accuſatori, ac reo, indulgeri: quia id Imperatoribus in eo minime propoſitum fuit.

Ac ſi Veterum teſtimonia quærimus: ejus ſententiæ nullum vel apud ipſos veſtigium quippe ajunt quidem, a Principibus decretum eſſe, ne reo noceat; ſi adverſarium in capitali cauſa corrumpat *l. 1. D. de bonis eorum qui ante ſententiam, juncta l. ult. D. de prævaricatione:* ſed de accuſatore nihil addunt. Non igitur poteſt, quod reo Principum humanitate indulgetur, ad accuſatorem cui ea humanitas non exhibetur, quali quali interpretatione porrigi. quin verius dixerim, quia reus ſpecialiter excipitur a Regulis Juris, accuſatorem qui non excipitur, ſub Juris Regulis relinqui.

Nec intereſt, utrum nondum detulerit rei nomen, neque in crimen ſubſcripſerit, an jam utrumque fecerit. Numquam enim accuſatori ignoſcitur. Saltem, ſi non inſtituta adhuc accuſatione, non dicam, gratis pactus ſit: (id enim tum impune ei fuit) ſed ſi tranſegerit, hoc eſt, pecuniam acceperit, ne accuſet; locus ſit Legi Juliæ Repetundarum *l. 6. §. 2. D. de lege Julia repetundarum*, & actioni in factum de calumniatoribus *l. 1. §. 1. D. de calumniatoribus:* etiam pœnæ Concuſſionis: tum Senatuſconſultis quibus pœna Legis Corneliæ teneri jubentur qui ob accuſandum, vel non accuſandum, pecuniam acceperint *l. 2. D. de concuſſionibus.* Repones, ſat video, id demum jus eſſe; ſi accuſator, *Ne accuſet*, pecuniam in re certa a reo innoxio accipiat dolo malo & vexandi concutiendique animo: non, ſi aliquo dato aut promiſſo in re dubia atque ambigua cum reo bona fide decidat. Verum videamus, ne ea reſponſio minime deceat ſeriæ gravitatem diſputationis. Quem enim habet ſenſum? An umquam bona accuſatoris fides qui de crimine tranſigit? An ei jus accipiendi ſtipulandive pecuniam, ut reo parcat, etſi in re dubia? Cave, putes. intereſt diſciplinæ publicæ, (quod obſervat Plinius, *Panegiric. c. 36.*) non delatores, ſed leges, timeri, ita ſit ſentit accuſator quam parat reo delationem, nullo aut ambiguo jure niti: quam habet cauſam deferendi hominis innocentis? non enim cogitur, ſi nolit, accuſare: nec ſi velit, per leges debet, niſi manifeſto crimine, facere *l. 7. D. de accuſationibus. l. ult. C. de probationibus.* Mitto, quod rei delatione non agit, ut privato jure quod ſua interſit perſequatur; ſed ut publico nomine læſam vindicet diſciplinam. igitur ſi forte putet, ut adverſus reum aut nullo aut dubio jure inſurgat: non oportet eum, ne accuſet, pecuniam ab inſonte reo paciſci aut accipere. contra debet ſponte omittere quem non ſperat convincere. quod ſi non faciat, præterquam data aut promiſſa pecunia: quid cauſæ habet, quo minus ea dolo malo & calumniandi concutiendique animo ab innoxio reo turpiter paciſci aut accipere intelligatur?

Nocet igitur accuſatori ante inſtitutam accuſationem non quidem gratuita pactio, ſed transactio. At poſt inſtitutam & transactio ei nocet, & gratuita pactio. quippe, cum conſtet, eum prohiberi, a cœpta accuſatione citra abolitionem deſiſtere: ac, ſi contra faciat, vel ex Senatusconſulto Turpiliano, vel officio Judicis, puniri *l. 1. §. 7. & l. 7. §. 1. D. Ad Senatusconſultum Turpilianum.*

CAPUT XIII.

Argumenta quibus videtur transactio de capitalibus criminibus accuſatori indulgeri, diligenter propoſita, & dejecta.

Dices, ita eſſe, niſi accuſator cœptam capitalis criminis accuſationem facta tranſactione omittat. Audio; ſed dabis veniam non credenti ſine pignore. quærimus enim fidem vetuſti moris; non privatæ prærogativam ſententiæ. Ac, ſi rem recta putamus via, qui poteſt accuſator ob tranſactionem habere jus ab accuſatione deſiſtendi ſine abolitione? Primum enim non vertitur in criminis accuſatione privata accuſatoris & rei cauſa, ut transactio eſſe eorum juris atque arbitrii videatur; ſed publicæ utilitas vindictæ quæ privatæ pactionis mediocritatem egreditur. Altera ratio eſt, quod accuſator a Judice cujus cognitio eſt, non admittitur ad accuſationem; niſi ante id crimen ſubſcribat, atque inſuper caveat, objecturum ſe reo crimen, & in eo perduraturum uſque ad ſententiam *l. 7. pr. & §. 1. D. de accuſationibus.* id vero ſi fecit: nullo poteſt colore publicam cauſam quam apud Judicem recepit

pit publico ulciſci jure, deinde privata pactione ſine Judicis auctoritate deſerere. Atque id certum eſt; ſi ab accuſatione gratis deſiſtat: quia errorem ſuum animadvertit, aut juvenilem ſentit calorem, aut rei miſeratione movetur. Multo igitur minus poterit deſiſtere, quia tranſegit: hoc eſt, quia pecunia corruptus eſt, non deſtiturus, niſi corruptus fuiſſet. At non modo ratio id evincit: ſed Veterum quoque auctoritas. Nam ut Marcianus *l.* 1. §. 7. *D. Ad Senatuſconſultum Turpilianum* ait, puniri qui a cœpta accuſatione citra abolitionem deſtiterit: ita Paulo *l.* 6. *D. eod. tit.* videtur ab accuſatione deſiſtere qui cum adverſario ſuo de compoſitione ejus quod intendebat, fuerit loquutus. *De compoſitione* autem *loqui* Paulo quid eſt, niſi tranſigere? id enim *componere*, a quo *compoſitio*, deſignat: ut in illo Suetonii, *Caligula c.* 40. *Pro litibus atque judiciis ubicunque conceptis, quadrageſima ſummæ de qua litigaretur: nec ſine pœna, ſi quis compoſuiſſe vel donaſſe negotium convinceretur.* Res certa: ſive enim juris rationem ſpectemus, ſive Veterum auctoritatem; neutra patitur, accuſatorem tranſactione accipere facultatem ab accuſatione deſiſtendi ſine abolitione. Hoc plus dicamus, cum, ſi tranſegerit, ne abolitionem quidem petere poſſe. non enim facile impetratur abolitio *l.* 14. §. 2. *D. de bonis libertorum:* utique de plano; ſed demum pro tribunali juſta ex cauſa *l.* 1. §. 8. *D. Ad Senatuſconſultum Turpilianum:* a qua depectionem, ſeu tranſactionem, quaſi turpem atque improbam, removeri, certus auctor eſt Conſtantinus *l.* 2. *C. de abolitionibus*, verbis ſequentibus. *Abolitio præſentibus partibus cauſa cognita non a Principe, ſed a competente judice, poſtulari debet: id eſt, ſi per errorem, ſeu temeritatem, ſeu calorem, ad accuſationem proſiluerit: hoc enim accuſator explanans abolitioni locum faciet. Sin autem per depectionem, vel pecuniis a reo corruptus ad poſtulandam abolitionem venit: redemptæ miſerationis vox minime admittatur: ſed adverſus nocentem reum inquiſitione facta, pœna competens ingeratur.* Sic Conſtantinum reſtitue. Vulgo editur, *deceptionem.* ſed legendum, *depectionem*, ex *l.* 1. *Cod. Theod. de abolitionibus:* ut a Jacobo Gothofredo, *Notis ad eum locum*, & ante a Jacobo Cujacio, *lib.* 2. *Obſerv. c.* 15. recte eſt animadverſum. Addit mox Conſtantinus, quod *Hi qui ſuam ſuorumque injuriam defendunt, & qui cognatos ſuos in accuſationem deducunt: omnimodo abolitionem petere non prohibentur.* Hoc autem *omnimodo*, ne quis erret, Conſtantino non eſt, etſi tranſegerint vel turpiter depecti ſint de quibus ſermo eſt; quod primo adſpectu videtur: ſed ſignificat, etiam de plano, non modo pro tribunali cauſa cognita. Verius enim eſt, vel hos, ſi pecunia corrupti, ad petendam abolitionem veniant, eam ne de plano quidem petere poſſe. Et eſt ſimiliter a Papiniano traditum *l.* 4. *D. Ad Senatusconſultum Turpilianum*, mulierem, ſi, cum ſuam ſuorumve injuriam perſequitur, non petita abolitione deſiſtat, non teneri Senatusconſulti Turpiliani pœna: idque a Marciano confirmatur *l.* 1. §. 10. *in fin. D. eod. tit.* Nec tamen hoc aliter obtinet, quam ſi ultro deſtiterit mulier, non interveniente turpi depectione. nam ſi ea cum adverſario contra vetitum facta, deſtitiſſe dicatur, adhuc magis eſt, ut in Senatusconſultum Turpilianum incidat *l.* 5. *C. eod. tit.* Sed longior ſum, & nimis claret, Veteres, etſi voluerint, impunitam reo eſſe de capitalibus criminibus transactionem, tamen accuſatori impunitam eſſe, non voluiſſe.

Non me fugit, eſſe qui conentur, rem aliquo verborum temperamento expedire: arbitrati, Juris capita quibus puniri dicitur accuſator, cum a cœpta deſiſtit accuſatione, ad crimina non capitalia reſtringi. Atque ea, fateor, tolerabilis eſſet interpretatio; ſi quæ ratio certi juris ad eam duceret, abſurditatis ex verborum amplitudine evitandæ gratia. Sed nunc fruſtra adhibetur. non enim rationi debetur; ſed errori: cui cauſam præbuit ſententia minime vera; quamquam pro vera eam jactant Doctiſſimi Interpretes. Sic ſe res habet. opinantur enim, reo Principum Decreto fieri jus tranſigendi de capitalibus criminibus: ex eaque ſententia vana atque inani deinde conſequentias ducunt, etſi non veras, tamen ex falſis principiis optime ſequentes. Eæ conſequentiæ ſunt: lubet enim earum exemplum apponere. Si Principes reo fecerunt jus tranſigendi de capitalibus criminibus: dubium non eſt, quin accuſatori quoque fecerint jus de capitalibus criminibus tranſigendi: quia ubi reo id dederunt jus; reo omnia dederunt ſine quibus is ſuum adſequi jus omnino nequeat: pari fere ratione qua qui juriſdictionem aut uſumfructum concedit, omnia concedit ſine quibus juriſdictio explicari aut uſusfructus percipi omnino nequeat *l.* 2. *D. de jurisdictione, & l.* 1. §. 1. *& ſeqq. D. Si uſusfructus petatur.* Jam quis reus poteſt de capitalibus criminibus tranſigere; niſi accuſatori jus ſit, de his tranſigere? Proinde, ſi Principes accuſatori dederunt jus de capitalibus criminibus tranſigendi, quia reo dederunt; videtur ratio velle, ut accuſatori, ſi tranſegerit, concedatur, ab accuſatione impune deſiſtere. Principis enim permiſſu deſiſtit: & qui eo permittente ab accuſatione deſiſtit, poteſt ab ea ſine pœna deſiſtere *l.* 13. §. 1. *D. Ad Senatusconſultum Turpilianum:* nec refert, utrum Princeps ei id palam, an per conſequentiam, permittat. Sic illi.

Belliſſime: ſi quidem verum foret, reum in capitalibus criminibus jus tranſigendi habere: ſicut Magiſtratus cui jurisdictio data eſt, jus cognoſcendi, & fructuarius cui conceſſus eſt uſusfructus, jus utendi fruendi, habet. Sed ſi hoc procul vero eſt; apparet, omnia quæ ex eo principio ducuntur, a vero amoveri.

At reum habere jus tranſigendi de capitalibus criminibus, Veterum nemo arbitratus eſt. Tantum dixerunt, reo, ſi tranſegerit, id eſt, ſi adverſarium corruperit, in capitali crimine, transactionis veniam dari *l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante ſententiam:* nihil præterea. Multum porro intereſt, utrum reo detur jus transactionis; an, ſi tranſegerit, ei ignoſcatur: utrum ab initio tranſigat jure ſuo, an quod tranſegerit, excuſandus ſit. altero caſu ei data intelliguntur adminicula ſine quibus transactio haberi nequit; altero non ſunt data. Igitur, ut non negem, reo, ſi ei datum foret jus tranſigendi de capitalibus criminibus, omnia data fore ſine quibus ea transactio fieri non poſſet: non tamen in propoſito dixerim, accuſatori qui tranſegerit in capitalibus cauſis, transactionis veniam dari, quia reo datur.

At enim, ſi humanitas ſuadet, tranſigenti ignoſci reo, quia ſanguinem ſuum tranſactione redimit: quid ni poſtulet ſimilitudo rationis, ut & accuſatori tranſigenti ignoſcatur? An cui dubium eſt, quin ut reus, ſic accuſator, tranſigens de capitali crimine, ſuum redimat ſanguinem, ſaltem poſt ſubſcriptionem in crimen? Atqui inde, ſi non convincat reum, tenetur ad ſupplicium quod illi intendit *l. ult. C. de accuſationibus. l.* 7. *D. eod. tit.* Sed neque hoc argumentum noſtram onerat ſententiam. Ut enim maxime concedam, eamdem in propoſito eſſe accuſatoris & rei conditionem; qui tamen concedam, idem utriuſque jus eſſe? nam tranſactio reo in capitalibus criminibus non communis juris regulis in quibus æquitas a ſimili ad ſimile procedi patitur *l.* 10. 11. 12. & 13. *D. de legibus*, ſed adverſus eas Principum benignitate indulgetur *l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante ſententiam:* quod autem contra rationem juris, etſi probabilem, tamen ſingularem, ob cauſam conſtituitur; hoc qui poteſt ad conſequentiam produci *l.* 14. & 15. *D. de legibus?* Nec tamen deeſt differentia, atque ea notabilis, quæ tranſigenti parcat reo, accuſatori non parcat. Nam primum accuſator, cum ſe ſubſcriptione in crimen obligat ad ſimilitudinem ſupplicii, ſua voluntate in vitæ periculum deducitur; quippe cum accuſare invitus non cogatur *l. unic. C. Ut nemo invitus agere vel accuſare cogatur:* reus vero, ubi accuſatur capitalis criminis, non ſua voluntate periclitatur: (quis enim volens capitis accuſatur?) ſed adverſarii delatione invitus vitæ periculo objicitur. Eſt igitur, cur reo detur tranſactionis venia; accuſatori non detur: quia habet accuſator quod ſibi imputet; reus non habet. Ad hanc differentiam accedit altera; quod reus quidem, ut ſe liberet capitis periculo in quo eſt, accuſatori pecuniam de ſuo dat, & magna cauſa: verum accuſator, ut deſiſtat a criminali judicio, reumque liberet, quo jure, aut colore, ab eo pecuniam petit neque ſuam, neque ſibi debitam? Inquies, uti tranſactione quæ demum fit aliquo dato, aut retento, aut promiſſo, vitæ periculo liberetur, exemplo rei. Sed primum quæ cauſa ei exigendæ ſibi pecuniæ ex cauſa non ſua, ſed publica. Deinde quis metus, ne reus non æque conſenſurus ei ſit ab accuſatione deſiſtenti, nulla exacta pecunia? Non igitur ea ratio eſt exigendæ in propoſito pecuniæ quæ eſt dandæ: ac ſi, quod res eſt, dicam, numquam accuſator, cum tranſigit de capitali crimine, accipit a reo pecuniam probabili ex cauſa; multoque minus, ut ſuum redimat ſanguinem: quin, ut reum concutiat, aut certe, ut leges ei prodat, eam inhumane, injuſte, ac turpiter, ei extorquet: hoc amplius, cum poteſt a Judice, petita aliquando ſine, plerumque ex, rei conſenſu abolitione, vinculo ſubſcriptionis ſolvi, & impune deſiſtendi ab accuſatione facultatem accipere *l.* 3. *C. de abolitionibus*; ſi non fallaciter, ſed ſincera mente, per errorem, ſeu temeritatem, ſeu calorem, ad accuſationem proſiluerit; nec depectio ac pecuniæ corruptio appareat: nam hoc in *l.* 2. *C. eod. tit.* deſideratur: in eaque *depectionem* pro *deceptionem* legi oportere, alibi monui. Poſſint igitur quas dedi, ſufficere differentiæ ad demonſtrandum, non eſſe eam quæ creditur, accuſatoris & rei ſimilitudinem; & ideo recte alterum miſeratione dignum haberi, volente humanitate; alterum publicum mereri odium, ob improbitatem. Si tamen gravis non ero; addam & tertiam differentiam: quæ eſt, quod reus, probata in capitali judicio accuſatoris intentione, plerumque morte ſine cunctatione afficitur: verum accuſator, abſoluto reo, non alias punitur ſimilitudine ſupplicii; quam ſi cauſa cognita judicatum fuerit, ſcientem calumniatum eſſe. Ita eſt: abſoluto enim reo, demum incipit Judex de accuſatoris conſilio quærere, qua mente ductus ad accuſandum proceſſerit: &, ſi quidem juſtum ejus errorem repererit, eum abſolvit: ſin in evidente calumnia deprehenderit, legitimam ei pœnam irrogat *l.* 1. §. 3. *D. Ad Senatusconſultum Turpilianum.* Ea vero re ſi videbitur accuſator in capitis periculum venire; licebit ei tranſigere: ſed jam jure rei, atque ut ſanguinem ſuum redimat; non jure accuſatoris, & ut reum concuſſione vexet, aut ei leges prodat, dum ejus cauſam peſſimo exemplo adjuvat.

Digitized by Google

CAPUT XIV.

Ulpianus expoſitus loco admodum obſcuro & intricato qui eſt in l. 1. §. 3. D. de calumniatoribus.

Sed Ulpianus reclamat verbis ſequentibus ex *l. 1. §. 1. & 3. D. de calumniatoribus.*

§. 1. *Hoc autem judicium non ſolum in pecuniariis cauſis, ſed & ad publica crimina pertinere Pomponius ſcribit: maxime cum & Lege Repetundarum teneatur, qui ob negotium faciendum, aut non faciendum per calumniam pecuniam accepit.*

§. 3. *Sed & Conſtitutio Imperatoris noſtri quæ ſcripta eſt ad Caſſium Sabinum, prohibuit, judici, vel adverſario, in publicis, vel privatis, vel fiſcalibus cauſis pecuniam dare: & ex hac cauſa litem perire juſſit.* † *Nam tractari poteſt, ſi adverſarius, non per calumniam, tranſigendi animo accepit, an Conſtitutio ceſſat? Et puto ceſſare: ſicuti hoc quoque judicium: neque enim transactionibus eſt interdictum, ſed ſordidis concuſſionibus.*

Ulpianus exponens Edictum de Calumniatoribus quo qui pecuniam, ut negotium alicui faciant, vel non faciant, accepiſſe dicuntur, intra annum in quadruplum, poſt annum in ſimplum, tenentur *d. l. 1. pr.* atque indiſtincte, ſive pecuniaria cauſa ſit, ſive crimen publicum *d. l. 1. §. 1.* primum inſerit ejus Edicti interpretationi Legem Juliam Repetundarum, etiam Conſtitutionem Imperatoris, Antonini Caracallæ; atque ait, illa teneri qui ob negotium faciendum, aut non faciendum, pecuniam per calumniam accepit: hanc vero prohibere, Judici vel adverſario pecuniam dari in privatis, vel publicis, vel fiſcalibus, cauſis; & ex hac cauſa litem perire, juſſiſſe: deinde ſubjicit, non eſſe transactionibus interdictum, ſed ſordidis concuſſionibus: denique, facta transactione, & eam ceſſare Conſtitutionem, & actionem de calumniatoribus. Videntur igitur transactiones æque actori ac reo permitti in cauſis cum publicis, tum privatis & fiſcalibus.

Quid dicimus? non perinde accipiendum Ulpianum, ac ſi in toto §. 3. peræque loquatur de publicis, & privatis, & fiſcalibus, cauſis. alioquin pateretur, tranſigi non modo de criminibus ſanguinis pœnam ingerentibus; ſed de cæteris quoque criminibus quæ eam non inferant. quod & certo jure, & auctoritate Impp. Diocletiani & Maximiani *l. 18. C. de transactionibus* refellitur. Non ſic quoque accipiendus Ulpianus, quaſi ejus ratio ſit, diſquirere, de quibus cauſis unicuique liceat, vel non liceat, tranſigere: ſed tantum voluit docere, quod in cauſis in quibus unicuique licet tranſigere, non eſt interdictum transactionibus bona fide factis; ſed ſordidis concuſſionibus. Quod veriſſimum eſt; & ex *l. 65. §. 1. D. de condictione indebiti*, etiam ex verbis *d. l. 1. §. 3.* liquet: maxime, ſi in his legas, *Neque enim transactionibus* licitis *eſt interdictum:* quomodo in omnibus extat exemplaribus, uno excepto Florentino; in quo illud, *licitis*, deſideratur. Scribo igitur in *d. §. 3. l. 1. Neque enim* transactionibus licitis *interdictum:* ut in illo Hermogeniani *l. 16. D. de transactionibus*, *Qui fidem* licitæ transactionis *rupit.* Et recte: quæ enim licitæ ſunt transactiones, demum habentur transactiones: quæ vero illicitæ ſunt, jure non videntur transactiones. Poſtremo nec hoc omiſerim, quod vocula, *Nam*, in *d. l. 1. §. 3.* non habet vim cauſæ ſed vim incipiendi; denique ſumitur pro *cæterum*, vel ſimili: ut in *l. 2. §. 1. D. Vi bonorum raptorum, & l. 6. D. de rei vindicatione.* Ita Ulpiani ſenſus, ille durus & aſper, ſic optime attemperabitur: quaſi velit, actionem in factum de calumniatoribus non ſolum in pecuniariis cauſis obtinere, ſed ad publica quoque crimina pertingere: eamque (quæ Pomponii eſt) interpretationem & Lege Julia Repetundarum, & Imperatoris, Antonini, Conſtitutione ad Caſſium Sabinum adjuvari. nam Lege Julia teneri qui ob negotium faciendum aut non faciendum per calumniam, ſive (ut Venulejus Saturninus loquitur *l. 6. §. 2. D. de lege Julia Repetundarum*) ob accuſandum vel non accuſandom, pecuniam accepit: & Antonini Conſtitutionem prohibuiſſe, Judici vel adverſario in publicis vel privatis vel fiſcalibus cauſis pecuniam dari; & ex hac cauſa litem perire, juſſiſſe. Inde vero effici; ut, ſi pecunia detur, accipiaturve, iis in cauſis in quibus licita legibus non ſit transactio, non ſit abſonum a juris ratione, actione in factum de calumniatoribus teneri qui, ne negotium alicui faceret, ab eo pecuniam acceperit. Cæterum, ſi adverſarius in cauſa in qua licet tranſigere, a reo non per calumniam, ſed tranſigendi animo, pecuniam acceperit, aliter dicendum eſſe. non enim perire reo litem in transactionibus quæ jure licito fiant, ceſſante in his Antonini Conſtitutione. Atque hoc ſi eſt: nihil eſſe, cur non jam ceſſet quoque judicium de calumniatoribus adverſus eum qui ex licita tranſactione ſine calumnia pecuniam accepit, ut deſiſteret à lite quam reo bona fide movit. Finge; ut res exemplo demonſtretur: agit quis de re privata & ſua civili & privata actione: dubium non eſt, quin legibus licita ſit, ne agatur, pecuniæ datio acceptioque; quia legibus licita eſt tranſactio. finge; agit quis de publico aut fiſcali jure, verbi gratia, ex crimine non capitali: non eſt licita inter accuſatorem & reum, ne agatur, pecuniæ da-

tio, acceptioque: quia licito jure jam non ſit tranſactio: denique non eſt tranſactio; magis concuſſio ac corruptio videtur. idemque eſt; ſi de capitali crimine tranſigatur: nam ne de hoc quidem crimine legibus licita tranſactio eſt. quamquam, quia in capitali crimine a Principibus decretum eſt, non nocere ei qui adverſarium corrupit *l. 1. D. de bonis eorum qui ante ſententiam*; prope eſt, ut in reo quidem, ſi adverſario dederit pecuniam, ne ſe accuſet capitalis criminis, ceſſet Antonini Conſtitutio. ſed in perſona accuſatoris qui pecuniam accepit, ne accuſet, magis eſt, ut non ceſſet actio de calumniatoribus *d. l. 1. §. 3. D. de calumniatoribus*: qui verum eſt, neque licitam ei eſſe tranſactionem de crimine, quamquam capitali, neque eam, ſi facta ſit, ei ignoſci. Vici difficultatem *d. l. 1. §. 3.* hactenus inſuperabilem. Nec tamen nego, adhuc quæri poſſe, quid in ea Antonini Conſtitutione ſit, *Litem perire ei qui judici vel adverſario pecuniam dederit.* Et puto, ſi actor ſit, qui pecuniam judici vel adverſario dederit, eum a petitione removeri: ſin reus, pro confeſſo haberi. At nec hoc videtur extra omnem jacere difficultatem. quem enim Antoninus in propoſito vocat *adverſarium?* Et ſane in cauſa publica, vel fiſcali, facile poteſt res habere exitum: quia utique ab alio quem cauſa concernat, poteſt detegi corruptio. in privata quoque cauſa ſi judex ab uno litigantium corrumpatur, adverſarii detectio eſt. Sed corruptus ipſe ſi ſit adverſarius; quis deteget corruptionem? Proinde, placet mihi Græcorum ſententia, qui *Baſilic. lib. 60. tit. 1. pag. 12. Scholio ad d. l. 1. §. 3.* in privata cauſa id negant procedere: niſi *adverſarii* appellatione non principalem adverſarium, ſed ejus procuratorem, vel ſocium, vel ſimilem accipiamus. Quod & Ruſſardo placet, *Notis marginalibus*, & Jacobo Cujacio, *ad l. 7. D. de dolo malo* non improbatur.

Caput XV.

Adulterium a Diocletiano & Maximiano in l. 18. C. de tranſactionibus non recte excipi a capitalibus criminibus. Quando cœperit adulterium in Magiſtratuum cognitione puniri capite? An ſub Auguſto Lege Julia? An ſub Principibus ſub quibus vixere Juriſconſulti quorum Fragmenta extant in Pandectis? Neutrum videri.

Expoſui regulam quæ in criminum tranſactione placuit Civili Jure: ſimul exceptionem quam ab ea fecerunt Principes. Illud non omiſerim, quod ea exceptio apud Diocletianum & Maximianum *l. 18. C. de tranſactionibus* ſpeciem regulæ, regula exceptionis, induit. ſic enim ſcribunt. *Tranſigere vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt.* An vere, videamus. Sed vix puto. non enim potuit adulterium a Diocletiano & Maximiano excipi a capitalibus criminibus; cum adulterium Diocletiani & Maximiani tempore non fuerit capitale crimen. Nec tamen ignoro, adulteros, etiam ante eos, aliquando *graviore pœna*, id eſt, morte aut exilio, punitos eſſe. id enim ex ſequentibus Suetonii verbis intelligitur quæ ſunt *in Octavio c. 5. Ut Senatus Actis continetur, cum C. Lectorius adoleſcens patricii generis, in deprecanda* graviore adulterii pœna, *præter ætatem atque natales hoc quoque patribus conſcriptis allegaret.* Sed Suetonius, cum meminit *Patrum Conſcriptorum*, & *Actorum Senatus*, oſtendit, *graviorem adulterii pœnam*, quam eſſe dixi mortem aut exilium, adulteris non a Magiſtratu communi jure de quo noſter hic ſermo eſt, ſed a Principe aut Senatu extra ordinem, denique contra leges, illatam fuiſſe. Nec multis opus: clare Tacitus, *lib. 2. Annal. c. 50.* & *lib. 3. Annal. c. 24.* quamquam ſuffecerit, poſteriorem locum adſcripſiſſe. ejus loci verba ſunt. *Ut valida divo Auguſto in rempublicam fortuna; ita domi improſpera fuit, ob impudicitiam filiæ ac neptis, quas urbe depulit, adulteroſque earum morte aut fuga punivit. nam culpam inter viros ac fœminas vulgatam gravi nomine læſarum religionum ac violatæ majeſtatis appellando clementiam majorum ſuaſque ipſe leges egrediebatur.* Idem aut ſimile obſervat Dion Coccejanus in *Excerptis ex Collectaneis Conſtantini Auguſti Porphyrogenetæ*, quæ Pariſiis edidit Henricus Valeſius: cum de Imperatore Antonino Caracalla ſic ſcribit *pag. 755. Cum ipſe omnium mortalium notiſſimus adulter, quoad habilis fuit ad Venerem, extitiſſet, alios tamen ejuſdem criminis reos & oderat & præter jus ac morem capite plectebat.* Notabilis hic Dionis locus; ac, quod miror, adhuc a nullo adductus. Pœna igitur adulterii neque Auguſto, neque Antonino Caracalla, imperante, capitalis fuit: ac, ſi cui a Principe aut Senatu imponeretur; contra jus ac morem imponebatur: & ideo in Magiſtratuum cognitione de qua hic agimus, ad exemplum trahi non debebat *l. 1. §. 2. D. de Conſtitutionibus Principum*. Sed hoc citra omnem dubitationem eſt apud Veteres Juriſconſultos ex quibus collecti ſunt Pandectarum libri. Ex his enim Paulus *lib. 2. Sententiarum, tit. 27. §. 13. Adulterii*, inquit, *convictas mulieres dimidia parte dotis & parte bonorum ac relegatione in inſulam placuit coërceri: adulteris*

vero viris pari in inſulam relegatione dimidiam bonorum partem auferri, dummodo in diverſas relegentur. Pœna igitur adulterii neque Lege Julia, neque Pauli tempore, capitalis fuit; ſed fuit relegatio & amiſſio partis dotis & partis bonorum. Amplius ſcribit Paulus *l.* 18. *D. de teſtibus*, quod Lex Julia de adulteriis prohibet, teſtimonium dicere condemnatam mulierem. Uplianus quoque *l.* 29. §. 1. *D. Ad legem Juliam de adulteriis* ait, Lege Julia caveri, ut, ſi quis adulterii damnatam ſciens duxerit uxorem, ea Lege teneatur. Quid, ſi eam non uxorem duxerit; ſed in concubinatu habuerit? ait Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. de concubinis*, *Qui damnatam adulterii in concubinatu habuit, non puto Lege Julia de adulteriis teneri: quamvis ſi uxorem eam duxiſſet, teneretur.* Igitur pœna adulterii neque Pauli & Ulpiani tempore, neque Lege Julia, capitalis fuit. alioquin quid utile fuit, nominatim prohibere ea Lege, ne mulier adulterii damnata, teſtimonium dicat; neve quis adulterii damnatam uxorem ducat. Superioribus accedit Marciani teſtimonium *l.* 5. *D. de quæſtionibus:* qui ait, eum qui duplex crimen commiſiſſe dicitur, nempe inceſtum & adulterium, eſſe in inſulam deportandum. Ea vero deportatio eſt pœna inceſtus, atque ipſa gravior pœna adulterii: ut Paulus docet *d. tit.* 27. §. 13. & 14. Idem intelligi poteſt ex Arrio Menandro *l.* 4. §. 7. *D. de re militari.* negat enim, adulterii vel aliquo judicio publico damnatos, inter milites eſſe recipiendos. Nonne inepte; niſi ei liqueret, ejus tempore damnatos adulterii, non fuiſſe affectos pœna mortis? Mitto, quod Papinianus *l.* 13. *D. de his quæ ut indignis* ait, Mævium, in adulterio Semproniæ damnatum, eamdem Semproniam, non damnatam, duxiſſe uxorem; eumque morientem heredem eam reliquiſſe. Id vero quid vult, niſi adulterum, etſi adulterii damnatum, tamen non fuiſſe damnatum ad capitalem pœnam? Pœna igitur adulterii neque Lege Julia, neque Antonino Caracalla Principe, neque adeo Pandectarum Jure, capitalis fuit.

Caput XVI.

Imp. Alexandrum l. 9. C. Ad legem Juliam de adulteriis videri inquinatum inepti hominis interpretatione. Ejus loci verus & clarus ſenſus.

At obſtrepit Alexander *l.* 9. *C. Ad legem Juliam de adulteriis.* Verba Alexandri. *Caſtitati temporum meorum convenit, lege Julia de pudicitia damnatam in pœnis legitimis perſeverare.. Qui autem adulterii damnatam, ſi quocunque modo pœnam capitalem evaſerit, ſciens duxerit uxorem [vel reduxerit] eadem lege lenocinii punietur.*

Quid dicimus? adventitia eſſe hæc verba, *Si quocunque modo pœnam capitalem evaſerit?* Sunt qui negent Doctiſſimi Viri. eſſe quoque video qui affirment. Sed neutri quod volunt, probant. Ita nihil promovit induſtria in alteram partem; &, cum multum pro utraque ſudaverit, adhuc incertum relinquit, quid in ſumma agat Imperator, Alexander. Nihil tamen verius eſt, ſi me audies, quam interpolatum eſſe hoc ejus Reſcriptum; atque inepte. Hoc enim, ſi patieris, addam: ac: ſi dubites, rem tibi auctorem dabo; ſi primum dixero, quid apud Alexandrum ſit, Convenire temporum caſtitati, mulierem Lege Julia damnatam, *in pœnis legitimis perſeverare.* Puto autem, hoc velle, convenire temporis caſtitati, pœnas quæ damnatæ mulieri Lege Julia ſint inflictæ, in ea non deſinere: ſive, convenire, mulierem, Lege Julia damnatam, non liberari pœnis quas ea ex Lege patiatur; ſed in iis perdurare. *Perſeverare* enim, ſi verbi proprietatem ſequimur, eſt *perdurare:* ac *perſeverat* id quod cœpit, cum non deſinit. Eo ſenſu Ulpianus *l.* 14. §. 5. *D. de Ædilitio Edicto*, *Ego*, inquit, *puto, ſi morbus deſinit, non eſſe redhibitioni locum: ſin autem vitium perſeveret, redhibitionem locum habere.* Et in *l.* 7. §. 1. *D. de accuſationibus.* Verba Ulpiani. *Cavent itaque ſinguli, quod crimen objicient, & præterea perſeveraturos ſe in crimine uſque ad ſententiam.* Papinianus quoque *l.* 15. §. 1. *D. de inofficioſo teſtamento*, *Heredi*, inquiens, *ejus qui poſt litem de inofficioſo præparatam, mutata voluntate, deceſſit, non datur de inofficioſo querela: non enim ſufficit litem inſtituere, ſi non in ea perſeveret.* Igitur ſi Alexandri ſenſum verborum quibus uſus eſt, poteſtate æſtimabimus: (quod bonum decet Interpretem) apparet, quod dixi, pulchrum atque elegans hoc caput ſtultiſſima adjectione eſſe deformatum ab Interprete non ſatis provido. Itane? niſi poteſt tibi ſanus videri Alexander; dum ait, convenire temporum ſuorum caſtitati, mulierem, Lege Julia de pudicitia damnatam, perſeverare, ſive perdurare, in legitimis pœnis, id eſt, in capitali ſeu mortis pœna qua ex Lege affecta ſit: ac ſi hanc pœnam, poſtquam occiſa eſt, quocumque modo evaſerit, eamque ſciens quis uxorem duxerit, vel reduxerit: eum qui id fecerit, eadem Lege ex cauſa lenocinii puniri. Is & non alius eſt, ſi retinemus verborum ſignificationem, vulgatæ ſenſus lectionis. ſed non convenit ſano homini, nedum ſapienti & egregio Principi. Quis enim umquam dubitavit, utrum mulier affecta mortis pœna, in ea perſeverare debeat; an eam evadere, id eſt, an occiſa reviviſcere, & nubere, poſſit? Igitur quod res poſtulat, ſcribendum.

Caſtitati temporum meorum convenit, lege Julia

lia de pudicitia damnatam in pœnis legitimis perſeverare. Qui autem adulterii damnatam ſciens duxerit uxorem [vel reduxerit] eadem lege ex cauſa lenocinii punietur.

Quid jam vult Alexander? quod vult ratio & uſus juris, eo Principe. Ait, convenire temporis ſui diſciplinæ, ut mulier adulterii damnata Lege Julia de pudicitia, in legitimis pœnis perſeveret: id eſt, ne liberetur pœnis quæ ei Lege Julia ſint inflictæ. Ex vero pœnæ inter alias ſunt relegatio, & amiſſio partis bonorum ac dotis, tum ut innupta ſit; ut ex ante dictis conſtat. Igitur Alexander, oportere, inquiens, mulierem, adulterii damnatam Lege Julia, in pœnis legitimis perſeverare, ſignificat, oportere mulierem quæ ex Lege Julia damnata & punita ſit, cum in cæteris Legis pœnis, tum ſine matrimonio, manere. Addit Alexander, eum qui ſciens, eam uxorem duxerit, vel reduxerit, eadem Lege Julia ex cauſa lenocinii puniri. Dedi Reſcripti ſenſum. Addamne cauſam? addam: ſic clarior res fiet. Ea cauſa fuit, quod Proculus, ad quem reſcripſit Alexander, volebat, uxorem ducere vel reducere mulierem, Lege Julia de pudicitia damnatam. quod cum facere ea Lege prohiberetur; obtulitA lexandro Libellum: quo Libello eum rogavit, ut ea mulier ejus indulgentia reciperet ejus connubii quod amiſerat ſeveritate Legis Juliæ; utique ſibi liceret, eam uxorem ducere vel reducere. Reſcripſit Alexander, convenire ſuorum temporum caſtitati, mulierem Lege Julia de pudicitia damnatam, Principis indulgentia non ſolvi pœnis quas ex Lege Julia de pudicitia patiatur: cum autem qui adulterii damnatam ſciens uxorem duxerit, vel reduxerit, eadem Lege ex cauſa lenocinii puniri: nec apparere, cur in propoſito ab hac quoque Legis parte recedendum ſit. Explicui Libelli, ſimul Reſcripti, ſententiam, illam planam ac certam, nec forte diſſimilem ei quam in re alia Marcianus exhibet *l. 16. D. de interdictis & relegatis.* Ejus verba, quia propoſito noſtro inſerviunt, appoſui. Verba Marciani. *Cum Ulpianus Damaſcenus rogaſſet Imperatorem, ut ſibi permitteret, matri relinquere ad victum neceſſaria, & mater per libertum, ut quædam ſibi liceret filio deportato relinquere, Imperator Antoninus eis reſcripſit in hunc modum: Neque hereditas, neque legatum, neque fideicommiſſum contra mores & jus publicum hujuſmodi perſonis relinqui poteſt, nec conditio harum perſonarum mutari debet.* Quod Marcianus ait, Antoninum reſcripſiſſe, *conditionem deportatæ perſonæ mutari non debere*, reſpondet huic Alexandri *d. l. 9. convenire, lege Julia de pudicitia damnatam in pœnis legitimis perſeverare:* id eſt, pœnis legitimis non ſolvi indulgentia Principis. Expoſui Alexandri ſenſum: nec dubito, quin verum, & Legi Juliæ, ac ſeculo Alexandri, convenientem. qui ſi placet; ſimul oſtendi, verſiculum, *Si quocumque modo pœnam capitalem evaſerit*, non Alexandri, ſed Interpretis, eſſe; atque ab eo Alexandri verbis plane inepte miſceri.

CAPUT XVII.

Adulterium nec ſub Valeriano & Gallieno capitale fuiſſe.

Sed hoc certiſſimum eſt, cogitantibus, jus Legis Juliæ quod Alexandri tempore fuiſſe dixi, deinde adhuc ſub Valeriano & Gallieno obtinuiſſe, eorumque Reſcripto repræſentari *l. 17. C. Ad legem Juliam de adulteriis.* Verba hæc ſunt. *Sine metu legis Juliæ de adulteriis coërcendis revocare uxorem in matrimonium potes: cum nihil amplius, quam libellos accuſationis obtuliſti: quia poſtea competiſſe te affirmas, quod vana indignatione ad accuſationem incitatus fueris. Is enim committit in pœnam quam lex certo capite denunciat, qui vel publice adulterio damnatam habet, vel adulteram ſciens, ut ignorantiam ſimulare non poſſit, retinet uxorem.* Species hæc eſt. Victorinus, ad quem reſcriptum eſt, uxorem ſuam ſuſpectam adulterii demiſit; eamque libello accuſationis detulit ad Magiſtratum cujus ea cognitio erat. Deinde is Victorinus inſontem eſſe uxorem ſuam intellexit; ſeque vana indignatione ad accuſationem proſiluiſſe. Igitur cum pœnituit imprudentis accuſationis: hoc plus voluit, ſuam uxorem in matrimonium de quo eam demiſerat, revocare Sed, cum metueret poenamquam Lex Julia ei qui adulterii publice damnatam uxorem habet, adulteramve ſciens, ut ignorantiam ſimulare non poſſit, retinet, certo capite denunciat; adiit Imperatores, Valerianum & Gallienum, per Libellum; eoque eos rogavit, liceretne ſibi per ſeveritatem Legis Juliæ, uxorem in matrimonium revocare. Et affirmant Imperatores. Quam ob cauſam? duplicem: una eſt, quod is uxorem quidem adulterii accuſavit; ſed non publice damnavit: altera cauſa eſt, quod eam poſtea inſontem eſſe comperit: ſeque vana indignatione ad accuſationem incitatum eſſe. porro is demum incurrit in Legis Juliæ pœnam, qui vel publice damnatam adulterii habet, vel adulteram ſciens, ut ignorantiam ſimulare non poſſit, uxorem retinet. Vides Reſcripti ſenſum: qui ſi verus eſt, tantum abeſt, ut olim ſub Alexandro morte vindicatum fuiſſe adulterium videatur: quod volunt Docti Viri ex *d. l. 9. C. Ad legem Juliam de adulteriis:* ut e contrario appareat, Legem Juliam adhuc ſub principatu Valeriani & Gallieni viguiſſe: atque adeo adulteros ne ea quidem tempeſtate ſummo ſupplicio fuiſſe affectos.

CAPUT XVIII.

Arnobii teſtimonio non liquere, fuiſſe adulterium ſub Diocletiano & Maximiano morte punitum.

Poſtea, fateor, mulctati morte ſunt adulteri; non tamen ſub Diocletiano & Maximiano. Niſi quem movet, quod Arnobius qui ſub his floruit, jam meminit *capitalium pœnarum* quibus afficiantur adulteri; cum *lib.* 4. *Adverſus gentes* ita ſcribit. *Ad libidinem homines proni atque ad voluptatum blanditias naturæ infirmitate proclives, adulteria tamen legibus vindicant, & capitalibus afficiunt eos pœnis quos in aliena comprehenderint fœdera genialis ſe lectuli expugnatione jeciſſe.* Sed leve eſt Arnobii teſtimonium: quia ſive Juris artem, ſive Latini ſermonis uſum, ſpectes, ambigua eſt *capitalium pœnarum* ſignificatio: apud Juriſconſultos enim *capitalis pœna* non naturali finitur morte; verum eam quoque quæ civilis eſt, complectitur: nec tamen ſe ad infamiam aut cæteras leviorum coërcitionum ſpecies dimittit *l.* 2. *D. de publicis judiciis. l.* 2. *D. de pœnis.* at Latine loquentibus non modo mortis naturalis aut civilis, ſed omnis quoque cauſa exiſtimationis, capitalis intelligitur *l.* 103. *D. de verborum ſignificatione.* Quo igitur ſenſu exaudiendus Arnobius? non videtur per *capitales pœnas* ſignificare naturalem mortem, de qua quærimus, imo ne civilem quidem: ſed infamiam, cum cæteris Legis Juliæ pœnis. Sic cenſeo: atque eo magis; quia hæc interpretatio & Legi Juliæ convenit, & ſequentibus Arnobii verbis: quæ verba ſunt. *Subſeſſoris & adulteri perſona cujus eſſet turpitudinis, notæ cujus regum maximus neſciebat, & ſpeculator ille (ut fama eſt) bene meritorum ac peſſime, quidnam deceret ſe velle, rationibus pectoris non perſpiciebat amiſſi.* Quæ, ut vides, non ad mortis, ſed ad infamiæ, pœnam reſpiciunt. Igitur Arnobii teſtimonio minime apparet, adulterium Diocletiani & Maximiani tempore coërcitum ſummo ſupplicio fuiſſe.

CAPUT XIX.

Adulterium jure Codicis Hermogeniani & Gregoriani non fuiſſe capitale, ſed ſub Conſtantino eſſe cœpiſſe: quamquam non ex l. 30. *§.* 1. *C. Ad Legem Juliam de adulteriis: nec ex l.* 4. *Cod. Theod. Quorum appellationes non recipiuntur. Lactantius explicitus, De mortibus Perſecutorum. Verba hæc,* Excepto adulterio, *Diocletiano & Maximiano l.* 18. *C. de tranſactionibus videri adſcripta ex l.* 10. *C. Ad Legem Juliam de adulteriis.*

Verum quid hæremus? imo quid ni ſignamus reſponſum? eſt enim certus auctor Scholiaſtes Græcus, *Baſilic. lib.* XI. *tit.* 2. *Scholio ad l.* 18. *C. de tranſactionibus, lit. B. pag.* 811. *tom.* I. adulterium ſecundum Leges Veteres, & ſecundum Conſtitutiones Codicis Hermogeniani & Gregoriani, neque fuiſſe capitale, neque hic a capitalibus criminibus excipi. Verba Scholiaſtæ, quia notabilia ſunt, addenda credidi. Sunt autem hæc ex verſione Fabroti. *Atqui adulterium neque pœnam ſanguinis ingerit, neque capitalis ejus coërcitio eſt, ut paſſim didicimus: ſed adultero aufertur tantum pars bonorum dimidia. quomodo igitur Conſtitutio hæc agens de criminibus quæ pœnam ſanguinis inferunt excipit adulterii crimen? diſce ſecundum leges veteres, & ſecundum conſtitutiones Codicis Hermogeniani & Gregoriani, adulterium non fuiſſe capitale. recte dicis. Verum hodie ex Conſtitutione Conſtantini quæ ſita eſt lib.* 9. *Codicis tit.* 9. *conſt.* 30. *capitale eſt.* Sic ille: eique accedit Imp. Juſtinianus, *Novell.* 134. *c.* 10. nam & is novam pœnæ formam, quam gladii ejus tempore fuiſſe conſtat §. 4. *Inſt. de publicis judiciis*, Conſtantino adſcribit. Præterea ſic extat *l.* 30. §. 1. *C. Ad legem Juliam de adulteriis*, quæ lex Conſtantini eſt, *Sacrilegos nuptiarum gladio puniri oportet.* Sed, quod mireris, ea pars deeſt *l.* 2. *Cod Theod. eod. tit.* ex qua deſcripta eſt *d. l.* 30. Adeo vereri poſſis, ne ea a Triboniani manu ſit; nec gladii pœna in adulterio Conſtantino debeatur; quamquam velit Imp. Juſtinianus *d. Novell.* 134. *c.* 10. Atque hoc Jacobo Cujacio videtur, *lib.* 6. *Obſerv. c.* XI. putat enim, pœnam gladii cujus mentio fit in §. 1. *d. l.* 30. deſumptam eſſe ex *l.* 4. *Cod. Theod. Quorum appellationes non recipiuntur* quam Conſtantii & Conſtantis eſſe, ejus Inſcriptio indicat; eaque Cujacii ſententia eruditis hominibus probatur. Sed mihi diſplicet: quia Conſtantius & Conſtans in *d. l.* 4. adultero non gladii, ſed parricidii, pœnam impoſuere. ſic enim loquuntur. *Cum pari ſimilique ratione ſacrilegos nuptiarum tanquam manifeſtos parricidas inſuere culleo vivos vel exurere oporteat.* Ajunt, ſat ſcio, Doctiſſimi Viri, ultimum *d. l.* 30. verſum a Triboniano eſſe, & ab eo ex *d. l.* 4. concinnatum, ſubſtituta pro *culleo* & *exuſtione gladii* pœna. Sed ignoſcant mihi, exiſtimanti, non pro dignitate ſua ſic conjicere. non enim ad veriſimile accedunt:

atque eo minus; quia adulteros vel ante Juſtinianum, & nominatim ſub Valentiniano, gladio punitos fuiſſe, Ammianus Marcellinus refert, *lib.* 28. *Cethegus*, inquiens, *Senator adulterii reus cervice periit abſciſſa.* Quid, ſi addam, apparere ex *d. l.* 4. adulterii pœnam non ea primum lege fuiſſe capitalem factam; ſed capitalis pœnæ ſeveritatem quæ ante obtinuerit in adulterio, ea lege auctam, & in parricidii pœnam converſam eſſe? veriſſime dixero: nec opus argumentis; quamquam alioquin id vel eo adjuvari poſſit, quod adulterium jam ſub Conſtantino, atque ante *d. l.* 4. capite punitum fuiſſe, ipſo auctore diſcimus Conſtantino *l.* 16. *C. de pœnis*, & *l.* 1. *Cod. Theod. eod. tit.* Proinde aſſentior Imp. Juſtiniano qui gladii pœnam Conſtantino adſcribit in *d. Novell.* 134. *c.* 10. Etſi dubitari poſſit, utrum ea gladii pœna *d. l.* 30. §. 1. debeatur, an profecta ſit ex alia Conſtantini lege quæ perierit injuria temporum. Sed, puto, profecta eſt ex alia, ipſa lata circa initia imperii Conſtantini: atque inde tranſiit in *d. l.* 30. §. 1. Nam ita obſervatum aliquando a Triboniano in Codicis Juſtinianei confectione, uti duas, etiam diverſorum Imperatorum, Conſtitutiones confunderet: & exemplum in *l.* 2. *C. de infantibus expoſitis* de qua dixi in *Julio Paulo, ſive de partus expoſitione & nece cap.* 6. Hoc vero in propoſito contigiſſe, non temere conjicio; quia ex Subſcriptione *d. l.* 30. §. 1. apparet, ſcriptam eſſe a nato Chriſto anno 325. cum *d. l.* 16. & *d. l.* 1. jam ante ſcripta ſit anno 314. Accedit, quod Lactantius, *De mortibus Perſecutorum c.* 39. & 40. referens Acta anni 312. ſimiliter meminit capitalis adulterii pœnæ, quam inſtigante in primis Maximiano, Præſes Eratineus clariſſimis quibuſdam feminis, etſi inſontibus, inflixerit. De viro quoque adulterii confeſſo ſic ait Lactantius, *Nec adultero impunitas promiſſa perſolvitur; ſed patibulo adfixus.* Sed hoc ita accipiendum, ne indigitetur pœna quæ fuerit debita perſonæ adulteri. non enim hæc Lactantio ratio fuit: & aliter ſe res habuit. Erat quippe qui patibulo adfixus dicitur, ante quam falſo confiteretur adulterium, aliorum reus facinorum; promiſſaque eorum impunitate induci ſe paſſus fuerat, ut admiſiſſe ſe adulterium cum innoxiis illis feminis mentiretur. ita illæ etſi injuſte, tamen quaſi convictæ, pro adulteris necatæ ſunt. nec imaginario illi adultero ſervata promiſſæ fides impunitatis; ſed patibulo adfixus eſt: non ob adulterium quod falſo confeſſus fuit: numquam enim patibuli adfixio adulteri pœna fuit) ſed ob alia, &, ut videtur, graviora ſcelera: quorum veniam ſibi ſtipulatus erat, ſi confeſſus foret adulterium. Nec vero quid novum, eveniſſe, quod ſolet, ut plurium reus facinorum ob id quod gravius eſſet, non quod levius, puniretur: ſicuti in *l.* 5. *D. de quæſtionibus* inceſti & adulterii reus, non adulterii, ſed inceſti, id eſt, ut alibi demonſtravi ex Paulo *lib.* 2. *Sentent. tit.* 27. §. 13. & 14. graviore pœna adficitur.

Verum ut ad Diocletianum & Maximianum revertamur; conſtat, hæc verba, *Excepto adulterio*, quæ ſunt in *d. l.* 18. *C. de tranſactionibus*, non eſſe eorum Imperatorum: (quia capitalis adulterii pœna, etſi prope accedat ad eorum tempora; tamen his Principibus nulla fuit) ſed aut Triboniani, aut alicujus Veteris Interpretis. Nam & Græci, *Baſilic. lib.* XI. *tit.* 2. *pag.* 788. *tom.* 1. in ipſius Legis paraphraſi ea adgnoſcunt verba: quamquam ita, ut Scholiaſtes (quod ſummopere notandum) deinde ſcribat *pag.* 811. adulterium ex Legibus Veteribus & ſecundum Codicis Hermogeniani & Gregoriani Conſtitutiones non fuiſſe capitale; neque hic a capitalibus excipi criminibus. Non igitur illa adulterii exceptio eſt Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, in *d. l.* 18. ac, ſi quid valeo conjectura, ab alio, quisquis is fuit, deinde adſcripta ex *l.* 10. *C. Ad legem Juliam de adulteriis:* in qua Imperator, Alexander, ita infit. *De crimine adulterii paciſci non licet, & par delictum eſt accuſatoris prævaricatoris, & defugientis* (Jacobus Cujacius, V. Cl. *lib.* 6. *Obſerv. c.* XI. ingenioſe corrigit, *& rei fugientis*) *veritatis inquiſitionem. Qui autem pretium pro comperto ſtupro accepit, pœna legis Juliæ tenetur.* Sic Alexander: & veriſſime. ſcilicet, quia eo imperante, nondum capitale erat adulterium, atque ideo tum ne rei quidem tranſactionem recipiebat.

CAPUT XX.

Non eſſe cauſam, cur adulterium, poſtquam capitale factum eſt, magis a tranſactione excipiatur, quam cætera capitalia crimina.

Cæterum, poſtquam capitale factum eſt adulterium, videamus, an in *d. l.* 18. *C. de tranſactionibus* debuerit a capitalibus criminibus excipi. Sed non puto. eſt enim generalis ratio Principum, veniam dantium tranſactioni in capitalibus criminibus, ignoſcendum eſſe ei qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluerit *l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante ſententiam:* ea vero ratio æque in adultero valet, atque in aliis qui morte puniri poſſint. Nec me turbant quæ e diverſo adferuntur argumenta a frequentia & atrocitate adulterii. Sunt enim inania. Nam ut grave ſit adulterium, atque etiam frequens illis temporibus fuiſſe dicatur; ad rem quid confert? non enim gravius homicidio aut veneficio adulterium eſt.

Sed nec eo ſpectare debuit ſceleris aut atrocitas aut frequentia, ne reo daretur venia tranſactionis, ſi quam cum accuſatore fecerit ſui conſervandi cauſa; ſed ut adverſus convictum condemnatumque ſupplicii ſeveritas intenderetur. At tranſactio, cum de adulterio fit, ſpeciem lenocinii habet. Sed non ex parte rei de quo noſtra hæc diſputatio eſt: non enim is accipit, ſed dat, pecuniam; nec aliam ob cauſam dat, quam ut ſanguinem ſuum redimat. quod a lenocinio longe abeſt. Aliter, ac ſi accuſatorem ſpectes: is enim pecuniam ab adultero accipit, ut conniveat, vel certe, ne accuſet: in quo lenocinii ſpeciem eſſe, quis non videt? de accuſatore vero hic ſermo non eſt: quia ei in nullo criminali judicio, ſive capitali, ſive alio, tranſigere licet. Solet & illa ratio pro adulterii exceptione adferri a Doctiſſimis Viris, quod Lege Julia, cum nondum capitale eſſet adulterii crimen, nominatim vetitum fuit; ne accuſator cum reo de adulterio paciſceretur *d. l.* 10. *C. Ad legem Juliam de adulteriis:* & quamvis poſtea a Principibus capitale factum ſit adulterium; & adeo jam ceſſet Legis Juliæ ratio: nulla tamen effectum eſt Conſtitutione, ut abrogata Legis Juliæ prohibitione, de adulterio tranſigere vel paciſci liceret. Valet igitur adhuc Lex Julia; ubi ei derogatum non eſt. Sed & hæc ratio æque fruſtra adfertur. non enim quæſtio eſt, an accuſatori liceat de adulterio tranſigere, id eſt, pecuniam accipere, ne accuſet: ſed an reo liceat, ne accuſetur, pecuniam dare. Lex autem Julia de accuſatore locuta fuit, ne accipiat; quia ea res lenocinii imaginem habet: atque ita placuit, cum nondum capitale eſſet adulterium, non eſſe accuſatori de adulterio tranſactionem. Idem eſt, poſtquam capitale eſſe occœpit: quia non apparebat adhuc, aut Legem mutatam eſſe, aut ejus rationem. Atqui jam capitale erat adulterium. Scio; ſed non ideo deſiit ea tranſactio lenocinii ſpeciem habere. præterea ubi impunita accuſatori eſt tranſactio in capitalibus criminibus? opinor, nuſquam. cur igitur in adulterio erit, etſi tandem capitale eſſe occœperit? Sic in accuſatore. In reo quid dicemus? nec ei licitam olim de adulterio fuiſſe tranſactionem: quia ab eo fiebat adverſus leges, etiam adverſus publicam utilitatem. Non igitur poterat reus de adulterio jure tranſigere. Sed quid, ſi tranſegiſſet; an poterat ei dari venia tranſactinnis? non videtur. quia enim non erat capitale crimen, non erat ratio, cur ei ignoſceretur. ſic olim. At hodie? contra eſt: poſtquam placuit, adulterium morte puniri. nam etſi reus ne nunc quidem de adulterio tranſigere jure poſſit; ac, ſi tranſegerit, non valeat tranſactio; tamen humanitati convenit, tranſactionis veniam dari ei qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum volucrit.

CAPUT XXI.

An poſſit impune tranſigi de crimine Raptus Virginis, & Perduellionis?

Profligata adulterii exceptione quæ a Diocletiann & Maximiano in *d. l.* 18. *C. de tranſactionibus* creditur fieri; poſſem ulteriori parcere labori: niſi eſſent qui a Virginum quoque Raptu amoveri tranſactionem pactionemque exiſtimarent: propterea quod Imp. Juſtinianus *l. unic.* §. 2. *in fine C. de Raptu Virginum* jubet, *Parentes quorum maxime vindictæ intererat, ſi patientiam præbuerint, ac dolorem remiſerint, deportari.* Nec tamen deſunt qui ne hanc quidem ferant exceptionem: quod putant, aliud eſſe, *paciſci* vel *tranſigere* ſuper accuſatione Raptus: aliud, dolore quem Raptus attulit, remiſſo, permittere, ut rapta cum raptore maneat, eique nubat. Sed metuo, ne qui ſic ſentiunt, pro vero nebulas amplectantur: & jam viſum Arnoldo Vinnio, V. CL. *De Tranſactionibus cap.* VII. §. 19. hanc parvi pendere reſponſionem, magiſque putare, improbari quidem a Juſtiniann tranſactionem pactionemque, ſi quam puellæ parentes cum ejus raptore faciant: ſed id nil obſtare, quo minus extraneus accuſator cum raptnre adhuc tranſigere vel paciſci recte poſſit. At quod ſentio dicam: nihil mihi placet ex his quæ pro hac, aut illa, adferuntur parte. quin contra puto, verba *d. l. unic.* §. 2. *in fine* ad quæſtionem qua de agimus, minime pertinere. Non enim nunc quærimus, an accuſator de capitali crimine, quale eſt Raptus Virginum, impune tranſigere vel paciſci poſſit; ſed an id reo permittatur. At in *d. l. unic.* §. 2. *in fine* non quæritur, an reus qui eſt raptor, poſſit impune tranſigere vel paciſci, *Ne accuſetur:* verum agitur de raptæ puellæ parentibus qui accuſatores ſunt, aut eſſe poſſunt: eos vero non vult Juſtinianus, raptori patientiam præbere ac dolorem remittere; &, ſi contra faciant, deportari. Non igitur reſiſtit Juſtinianus *d. l. unic.* §. 2. *in fine*, quo minus adhuc raptor, id eſt, reus, de crimine Raptus tranſigere vel paciſci poſſit. Non enim hoc ei aut eo in loco, aut alibi, interdicitur: atque interim Principibus ſine diſtinctione placet, ignoſcendum eſſe reo: qui cum adverſarium corrumpit, ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluerit.

Præter ſuperiores exceptiones adfertur & tertia a capitalibus criminibus exceptio. Ea eſt in perduellione: nam hoc crimen ultimo ſupplicio vindicari, apparet ex *l.* 5. *C. Ad legem Juliam majeſtatis:* nec tamen placuit, in eo

indulgeri tranſactionem pactionemve. An aliud volunt Impp. Arcadius & Honorius §. 6. *d. l.* 5. cum, *Id*, inquiunt, *quod de perduellibus eorumque filiis cavimus, etiam de ſatellitibus conſciis ac miniſtris filiiſque eorum ſimili ſeveritate cenſemus.* Sed vereor, ne eos qui ſic colligunt, fortuna judicii deſtituat. quod enim in *d.* §. 6. conſcii, non detecta perduellione, æque ac perduelles puniuntur; non reum, ſed delatorem, impedit, quo minus de perduellione tranſigat. Noſtra autem quæſtio non eſt, an delatori, ſed an reo, tranſactio pactioque non æque hoc in crimine, ac in aliis capitalibus criminibus, indulgeatur. ea vero cum reo neque in *d. l.* 5. §. 6. neque alibi interdicatur; magis puto, eam ne in perduellione quidem reo nocere.

CAPUT XXII.

In l. 18. C. de tranſactionibus nihil de privatis criminibus definiri. Sed nec de accuſatore agi, verum de reo. Et quid in poſteriore ejus Reſcripti verſu velint hæc verba, In aliis autem publicis criminibus quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem.

Explicui priorem partem *l.* 18. *C. de tranſactionibus*; etiam poſteriorem. ſed, quia in hac reſtat difficultas una, aut altera; non pigebit me, etiam ei, ſi quod poſſim, remedium dare. Verba poſterioris partis hæc ſunt.

In aliis autem publicis criminibus quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem.

Cum ajunt Imperatores, *In aliis autem publicis criminibus*; ſatis liquet, eos nihil definire de privatis criminibus; ſed tantum loqui de publicis: non, quod velint, aliud in his, aliud in illis, obtinere; ſed, quod a Valente ad quem reſcriptum eſt, ſaltem fuerant de publicis, non etiam de privatis, criminibus conſulti. Proinde ſi quis ſuſtineat, ex his verbis a contrario argumentari ſenſu: viderit. non enim quid velint Impp. Diocletianus & Maximianus, enarrabit; ſed, quid ſibi ſedeat, illis imprudenter affinget: fere quia ad Reſcripti rationem, Juriſque principia, & uſum Veterum, parum curioſe attendit.

Deinde ajunt Impp. Diocletianus & Maximianus, *Tranſigere non licet, citra falſi accuſationem.* Præpoſitio, *citra*, ab Imperatoribus pro *ſine* accipitur: ut in *l.* 21. *C. de procuratoribus*, *l.* 10. *l.* 24. *C. de rei vindicatione*, & infinitis aliis locis quæ ipſorum ſunt. Integer vero is verſus ſic exponendus, quaſi ſignificet, ſi alia ſint publica crimina, quam quæ adſcendant ad ſanguinis, ſive mortis naturalis, pœnam, reum de his tranſigere prohiberi: ac, ſi tranſegerit, falſi teneri. Sed pleriſque aliud placet: quod putant, eam vocem non pro *ſine*, ſed pro *præter*, uſurpari: atque adeo hunc eſſe Imperatorum ſenſum: quod in aliis publicis criminibus tranſigere non licet, præterquam in falſi accuſatione. Prorſus, ut in priore Reſcripti parte *adulterium* a publicis criminibus quæ ſanguinis pœnam inferant, in poſteriore *falſum* a cæteris, excipiatur. Neque negari poteſt, *citra* pro *præter* a Juſtiniano ſumi *l. unic.* §. 13. *C de rei uxoriæ actione.* Sed hoc uno eo in loco, atque a Juſtiniano, fit: cum Diocletianus & Maximianus *citra* pro ſine conſtanter dixerint: ut paulo ante monui, & poſt alios obſervavit V. Cl. Arnoldus Vinnius, *De Tranſactionibus cap.* VII. §. 32. *& ſeqq.* Accedit, quod in toto Civili Jure non proditur exemplum criminis *falſi* de quo impune facta ſit tranſactio: utique, cum ejus accuſatio ſubſiſtit infra ſanguinis pœnam. Nam, quod vulgo adfertur *l.* 7. *C. Ad legem Corneliam de falſis*, nullius momenti eſt: quia ibi non de falſi crimine, id eſt, inſtituta vel inſtituenda falſi accuſatione, ſed de inſtrumento in quod cadebat falſi ſuſpicio, tranſactio facta proponitur: & ideo additur; quod, ſi tranſactio de eo inſtrumento facta eſt, difficile eſt, ut provinciæ Præſes patiatur, hoc cui adquieverit Heliodorus, deinde ut falſum accuſari; id eſt, in privato judicio ſuſpectum falſumve haberi. Non igitur falſi accuſatio in *l.* 18. *C. de tranſactionibus* excipitur a criminibus ſanguinis pœnam non ingerentibus: neque ſuaſerim, Diocletianum & Maximianum ſic accipi; ſed perinde, ac ſi dicerent: quatenus attinet ad alia publica crimina, quam quæ ſanguinis, ſive mortis, pœnam habent, reum tranſigere non poſſe; quin in falſi accuſationem incidat.

Nec eſt, quod quem offendat, quod Imperatorum verba non de accuſatore, ſed de reo, exaudiam; cum ea hactenus ab eruditiſſimis Interpretibus non de reo, ſed de accuſatore, accipiantur. Primum enim non fuit hæc Diocletiano & Maximiano in *d. l.* 18. cura, de accuſatore reſcribere: quia de eo conſulti a Valente non fuere. Deinde numquam licet accuſatori de criminibus tranſigere, ne in ſanguine quidem: ut in ſuperioribus oſtendi ſatis ſuperque. Reſtat igitur, ut putemus, reo hic tranſactionem in aliis publicis criminibus quæ ſanguinis pœnam non ingerant, a Diocletiano & Maximiano non indulgeri. Et tamen, ut accuſator qui pecuniam ob non accuſandum acceperit, in quibuſcumque criminibus, ſive habeant ſanguinis pœnam, ſive non habeant, falſi tenetur *l.* 2. *D. de concuſſionibus*: ſic reſcribunt Imperatores

in

in *d. l.* 18. *C. de tranſactionibus*, reum, ſi accuſatorem redemerit in criminibus quæ ſanguinis pœnam non inferunt, falſi obligari. Atque hoc eo probabilius; quia & Imp. Alexander *l.* 10. *C. Ad legem Juliam de adulteriis* idem vel ſimile indicat, *De crimine*, inquiens, *adulterii paciſci non licet, & par delictum eſt accuſatoris prævaricatoris, & rei fugientis veritatis inquiſitionem.* Vulgo editur, *& defugientis:* ſed veriſſima eſt ſententia Jacobi Cujacii, V. Cl. *lib. 6. Obſerv. c.* xi. emendantis, *& rei fugientis.* Ita enim ſenſus conſtat: & recte ait Alexander, par eſſe delictum accuſatoris qui prævaricatur, & rei qui fugit veritatis inquiſitionem: cum præſertim accuſator qui prævaricatur, proprias probationes diſſimulat; & falſas adverſarii admittit *l.* 1. §. 1. *& §. 6. D. Ad Senatuſconſultum Turpilianum:* omnis quoque rei corruptio pro falſo accipitur, ſive judicem redemerit, ſive adverſarium *l.* 1. §. 2. *l.* 21. *D. Ad legem Corneliam de falſis. l.* 34. *D. de jure fiſci.* Sed & apud Tacitum reus accuſatori in prævaricatione comparatur, poſita utrique pœna quæ eſt ejus qui publico judicio calumniæ condemnatus eſt. Verba Taciti *lib.* 14. *Annal. c.* 41. forma hæc ſunt. *Pari ignominia Valerius Ponticus afficitur, quod reos, ne apud Præfectum Urbis arguerentur, ad Prætorem detuliſſet, interim ſpecie legum, mox prævaricando ultionem eluſurus. Additur Senatuſconſultum, Qui talem operam emptitaſſet, vendidiſſetve, perinde teneretur, ac ſi publico judicio calumniæ condemnatus.* Placet igitur, reum qui accuſatorem corrupit, id eſt, cum eo tranſegit, in crimine quod non inferat ſanguinis pœnam, falſi teneri; etſi ei, ſi tranſegerit in crimine quod incurrat ſanguinis pœnam, Principum humanitate ignoſcatur. Et hoc eſt, quod Diocletianus & Maximianus *d. l.* 18. *C. de tranſactionibus* ſcribunt, *In aliis autem publicis criminibus quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licere, citra falſi accuſationem.*

Caput XXIII.

Reſcriptum Impp. Diocletiani & Maximiani quod eſt in l. 18. C. de tranſactionibus non pertinere ad Titulum Codicis, De tranſactionibus: ſub eoque Titulo a Juris noſtri Architectis poni perperam.

Satis dedi virtutis & honoris certamini, quod mihi hactenus cum Clariſſimis Juris Interpretibus, ſed ſine cujuſquam læſione, fuit de intellectu Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, in *l.* 18. *C. de tranſactionibus.* Idem ſi adverſus Juris noſtri Architectos inſtituam, quamvis pari modeſtia, forſan audacior videri poſſim. Sed hic quoque me temeritate abſolvet veri ſtudium apud omnes laudabile, præter eos quos & ſui piget & communis boni. Habeo ſane cauſam admodum probabilem, ne dicam certam, cur verear, ne id Diocletiani & Maximiani Caput parum pertineat ad Titulum Codicis, De Tranſactionibus, ſub quo a Juris noſtri Architectis ponitur. Ea cauſa, ſi quis requirat, hæc eſt: quod in *d. l.* 18. non eſt Diocletiano & Maximiano quæſtio, quæ tranſactio in criminibus valeat, aut non valeat; ſed quæ ſub falſi accuſationem cadat, aut ab ea excuſetur. Hæc mea ſententia: atque ab ea ſtat ipſius ſumma Capitis: ut multis in anteceſſum demonſtravi. Proinde quid ſupereſt; niſi, ut aliena a Titulo Codicis De Tranſactionibus eſſe Diocletiani & Maximiani verba exiſtimem? Non enim hic eſt ejus Tituli labor, exponere, quando tranſactio, ſi adverſus leges fiat de criminalibus Fiſci quæſtionibus, falſi accuſationi locum faciat: ſed quæ ſit vis tranſactionis, de rebus privatis neque dolo malo neque adverſus leges factæ. Non igitur debuerunt Diocletiani & Maximiani verba a Juris noſtri Architectis libro Codicis ſecundo collocari ſub Titulo De Tranſactionibus: ſed aliquam eligi eis ſedem libro nono, ubi de criminibus eorumque pœnis, aut decimo, ubi de jure Fiſci agitur, magis oportuit. Nam & in Pandectis ita obſervari video, ut quæ ejus argumenti ſunt Veterum Fragmenta, non ſub Titulo *De Pactis* aut *Tranſactionibus* libro ſecundo; ſed in *l.* 1. *pr.* §. 1. *&* §. 3. *D. de calumniatoribus. l. ult. D. de prævaricatione, l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante ſententiam, l.* 4. *& l.* 29. *D. de jure fiſci, l.* 2. *D. de concuſſione, l.* 6. §. 2. *D. de lege Julia repetundarum*, & alibi; libro tamen 3. 47. 48. & 49. ponantur.

FINIS.

INDEX CAPITUM HUJUS OPERIS.

Cap. I. *Tranſactionem inter accuſatorem & reum factam de omittenda cujuſcumque criminis, ſive capitalis, ſive alterius, accuſatione, legibus Pandectarum & Codicis neque valere, neque probari. quin crimine cenſeri: tantumque reo, ſi in ſanguine fiat, ejus veniam dari.* Pag. 271

II. *Non eſſe in l. 18. C. de tranſactionibus* Conſtitutionem *Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, ſed* Subſcriptionem, *aut* Reſcriptum, *ad cujuſdam Valentis* Epiſtolam *aut* Libellum. *Et quid ea inſpectio conferat ad intellectum d. l.* 18. 272

III. *Verba hæc,* Tranſigere vel paciſci, *in l. 18. C. de tranſactionibus pro iiſdem accipi: etſi alias diſtinguantur. De quibus rebus pactio & tranſactio jure fiat? Et quis ſit effectus pactionis ac tranſactionis quæ jure valeat?* 273

IV. *Civiles actiones quæ pro delicti privati executione competunt jure ordinario, ante commiſſum delictum non recipere actoris & rei pactionem: poſt commiſſum delictum accipere. Et quomodo?* 273

V. *Criminum perſecutionem non ad privatam, ſed ad publicam, utilitatem ſpectare; nec accuſatoris & rei pactionem tranſactionemve admittere: ac, ſi tranſactum inter eos ſit, non tranſactionem, ſed corruptionem videri. Eam tranſactionem haberi turpem: nec palam, ſed clanculum, fieri ſolitam.* 275

VI. *Accuſatori nullam ex tranſactione de crimine eſſe petitionem: etſi quid a reo ſtipulatus ſit. Imperatores, Diocletianus & Maximianus, expoſiti l. 9. C. de contrahenda ſtipulatione. Etiam Valerianus & Gallienus l. 3. C. Ad Senatuſconſultum Turpilianum.* 276

VII. *Accuſatorem & reum puniri ideo quod de omittenda criminis accuſatione tranſegerint.* 277

VIII. *Reo quidem, ſi cum accuſatore tranſegerit de crimine quod mortis pœnam contineat, tranſactionis veniam dari: ſed nihilominus nullam eſſe tranſactionem. Ulpianus l. ult. D. de prævaricatione, & l. 1. D. de bonis eorum qui ante ſententiam mortem ſibi conſciverunt, expoſitus. Imperatores quoque, Severus & Antoninus, apud Macrum l. 2. D. eod. tit.* 278

IX. *Imperatores, Diocletianus & Maximianus. declarati in l. 18. C. de tranſactionibus.* 279

X. *Reum publici criminis ab accuſatore cumquo tranſegit in cauſa ſanguinis, non poſſe repeti: quamquam non vi tranſactionis; ſed quia accuſator qui nummos accepit, ne accuſet, amplius accuſare prohibetur.* 280

XI. *Reum, poſtquam cum accuſatore tranſegit in ſanguine, ab aliis accuſari poſſe. Sed nec Magiſtratum prohiberi, inquiſitione uti, ſi velit, nullo exiſtente accuſatore.* 281

XII. *An ut reo, ſic accuſatori, ignoſcitur, ſi in ſanguine tranſegerit? velle Doctiſſimos Viros; ſed nullo jure: nec referre, utrum facta ſit tranſactio ante, an poſt, delatum rei nomen, factamque in crimen ſubſcriptionem. Impp. Diocletianus & Maximianus expoſiti l. 18. C. de tranſactionibus.* 281

XIII. *Argumenta quibus videtur tranſactio de capitalibus criminibus accuſatori indulgeri, diligenter propoſita, & dejecta.* 282

XIV. *Ulpianus expoſitus loco admodum obſcuro & intricato qui eſt in l. 1. §. 3. D. de calumniatoribus.* 28[illegible]

XV. *Adulterium a Diocletiano & Maximiano in l. 18. C. de tranſactionibus non recte excipi a capitalibus criminibus. Quando cœperit adulterium in Magiſtratuum cognitione puniri capite? An ſub Auguſto Lege Julia? An ſub Principibus ſub quibus vixere Juriſconſulti quorum Fragmenta extant in Pandectis? Neutrum videri.* 286

XVI. *Imp. Alexandrum l. 9. C. Ad legem Juliam de adulteriis videri inquinatum inepti hominis interpretatione. Ejus loci verus & clarus ſenſus.* 287

XVII. *Adulterium nec ſub Valeriano & Gallieno capitale fuiſſe.* 288

XVIII. *Arnobii teſtimonio non liquere, fuiſſe adulterium ſub Diocletiano & Maximiano morte punitum.* 289

XIX. *Adulterium jure Codicis Hermogeniani & Gregoriani non fuiſſe capitale, ſed ſub Conſtantino eſſe cœpiſſe: quamquam non ex l. 30. §. 1. C. Ad Legem Juliam de adulteriis: nec ex l. 4. Cod. Theod. Quorum appellationes non recipiuntur. Lactantius explicitus, De mortibus Perſecutorum. Verba hæc,* Excepto adulterio, *Diocletiano & Maximiano l. 18. C. de tranſactionibus videri adſcripta ex l. 10. C. Ad legem Juliam de adulteriis.* 289

XX. *Non eſſe cauſam, cur adulterium, poſtquam capitale factum eſt, magis a tranſactione excipiatur, quam cætera capitalia crimina.* 290

XXI. *An poſſit impune tranſigi de crimine Raptus Virginis, & Perduellionis?* 291

XXII. *In l. 18. C. de tranſactionibus nihil de privatis criminibus definiri. Sed nec de accuſatore agi; verum de reo. Et quid in poſteriore ejus Reſcripti verſu velint hæc verba,* In aliis autem publicis criminibus quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem. 292

XXIII. *Reſcriptum Impp. Diocletiani & Maximiani quod eſt in l. 18. C. de tranſactionibus, non pertinere ad Titulum Codicis de tranſactionibus: ſub eoque Titulo a Juris noſtris Architectis poni perperam.* 293

F I N I S.

GERAR-

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

OBSERVATIONUM

LIBRI DUO.

In quibus complura

JURIS CIVILIS,

ALIORUMQUE

VETERUM SCRIPTORUM,

LOCA

aut illuſtrantur aut emendantur.

EDITIO TERTIA.

Digitized by Google

Digitized by Google

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

OBSERVATIONUM

LIBER PRIMUS.

Caput I.

Modeſtini locus elegans, qui eſt in l. pen. D. Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficis, ex conjectura reſtitutus.

Modeſtinus *l. pen. D. Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficis.*

Qui cædem admiſerunt ſponte dolove malo, in honore aliquo poſiti, deportari ſolent; qui ſecundo gradu ſunt, capite puniuntur. facilius hoc in decuriones fieri poteſt; ſic tamen ut conſulto prius Principe & jubente id fiat: niſi forte tumultus aliter ſedari non poſſit.

Ita paſſim editur: nec quiſquam, quantum memoria teneo, facit controverſiam receptæ lectioni. Audebo tamen, apud Modeſtinum pro *honore aliquo*, ſcribere, *honore alto*, vel *honore altiore:* hoc modo.

Qui cædem admiſerunt ſponte dolove malo, in honore alto *poſiti, deportari ſolent; qui ſecundo gradu ſunt, capite puniuntur.*

Id ut audeam, inducit me clara & certa ratio: ea ratio eſt, quod qui in ſecundo gradu ſunt homicidæ, hi poſiti ſunt in honore aliquo: nec tamen deportantur; ſed capite puniuntur. non igitur voluit Modeſtinus, deportari qui ſunt poſiti in honore *aliquo:* (quæ recepta lectio eſt) ſed qui ſunt in honore *altiore*, vel *ſummo*, poſiti. Quomodo Seneca, *De vita beata c.* 22. Verba Senecæ. *Quibuſdam ex his tribuitur aliquid honoris, quibuſdam multum.* Et paulo poſt. *Apud me divitiæ aliquem locum habent: apud te ſummum.* Propius Ammianus Marcellinus *lib.* 29. *c.* 1. p. 424. in fin. *Semper officio locoque quem retinebat, ſuperior videbatur*, altis humilibuſque *juxta acceptus.* Et ad rem Marcianus *l.* 3. §. 5. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis*, de pœna ſicariorum diſſerens, *Altiores*, inquit, *deportantur.* Verba Marciani, *Legis Corneliæ de ſicariis & veneficis pœna, inſulæ deportatio eſt, & omnium bonorum ademptio. ſed ſolent hodie capite puniri, niſi honeſtiore loco poſiti fuerint, ut pœnam Legis ſuſtineant: humiliores enim ſolent, vel beſtiis ſubjici; altiores vero deportantur in inſulam.* Marcianus eorum qui ob homicidium puniuntur, ordines tres facit: aliquos vult deportari in inſulam, aliquos capite puniri, aliquos beſtiis objici. qui deportantur, eos vocat *altiores*, ſive *honeſtiore loco poſitos;* qui beſtiis objiciuntur, eos appellat *humiliores:* qui capite puniuntur, illi ſunt intermedio, ſive *ſecundo, gradu* poſiti. quod Modeſtino convenit, ſed emendato. Poſſet tamen tolerari Modeſtinus; ſi ita ſcripſiſſet. *Qui cædem admiſerunt ſponte dolove malo, in honore aliquo poſiti deportari ſolent, aut certe capite puniuntur.* Quomodo Ulpianus *l. ult D. de incendio, ruina, naufragio, Si*, inquit, *humiliore loco ſint, beſtiis objici ſolent; ſi in aliquo gradu id fecerint, capite puniuntur, aut certe in inſulam deportantur.* Sed non ſic ſcripſit Modeſtinus. neceſſaria igitur emendatio eſt. Cavebis certe ab Accurſio, Modeſtinum ſic accipiente: quaſi velit, eos qui ſecundo gradu ſunt, capite puniri, id eſt, beſtiis ſubjici: facilius vero fieri poſſe, ut Decuriones deportentur. Nam errat Accurſius: nec ait Modeſtinus, facilius *illud* in Decuriones fieri. ait, facilius *hoc* in Decuriones fieri. & eſt ſenſus, Fieri facile; (ponitur enim comparativus gradus pro poſitivo) ut Decuriones capite puniantur. hunc ſenſum ſuadet loquendi uſus; nec minus res poſcit. adeo enim Modeſtinus Decuriones, admiſſo latrocinio, non liberat a mortis ſupplicio, ut ne poſſit quidem liberare: certo, eos morte puniri, & ideo ſervos pœnæ fieri *l.* 6. §. 7. *D. de injuſto, rupto, irrito facto teſtamento:* eſtque in latrocinio quo de agit Modeſtinus, exemplum in *l.* 27. §. 2. *D. de pœnis.* quid ergo? tantum vult Modeſtinus, quod præmiſit de puniendis capite latronibus ſecundi gradus, facile obtinere in Decurionibus: quos eſſe medios inter altiores & humiliores ſeu plebejos. non enim ad ſummum gradum adſcendere; & tamen a plebe diſcerni: denique non excuſari a mortis ſupplicio; & eſſe liberos a damnatione ad beſtias *d. l.* 6. §. 10, cæteriſque humiliorum ſeu plebejorum pœnis *l.* 9. §. XI. *D. de pœnis.* Unum præcipit Modeſtinus *d. l. pen.* ne Decuriones, ob cædem ſponte dolove malo admiſſam, capite puniantur: niſi conſulto prius Principe ac jubente id fiat. & recte: quando Mandatis continetur; ne debeat Præſes ſibi permittere: ut Decurionem puniat; antequam ad Principem ſcripſerit de pœna; eaque ſit

ejus Reſcripto confirmata *d. l. 6. §. 7. & l. 2. §. 1. D. de bonis eorum qui ante ſententiam. Niſi forte* (quod addit Modeſtinus) *tumultus aliter ſedari non poſſit.* Senſus, Non debet Præſes Decurionem, ob cædem ſponte dolove malo admiſſam, morte punire, inconſulto Principe: præterquam periculo præcipite, & non patiente dilationem: eo quod tumultus aliter ſedari nequeat. quo caſu idem receptum in appellatione a ſententia *d. l. 6. §. 9. & l. 16. D. de appellationibus.*

CAPUT II.

Julianus l. 20. D. de legibus ex Plutarcho illuſtratus: & collatus alius Plutarchi locus cum l. 3. & l. 6. D. de pœnis.

Quod Julianus *l. 20. D. de legibus* ait, *Non omnium quæ a majoribus conſtituta ſunt, ratio reddi poteſt*, veriſſimum eſt; idemqe a Plutarcho obſervatum, & exemplis aliquot illuſtratum. Verba autem Plutarchi, quia non memini ab aliis adduci, appoſui. ea verba ſunt *ex libro, De his qui ſero a numine puniuntur, p.* 550. *Eæ leges quæ ab hominibus ponuntur, non ubique habent rationem eorum quæ præcipiuntur, illuſtrem. imo quædam videntur omnino ridicula. ut quod Lacedæmone Ephori ſtatim ab inito magiſtratu edicunt, ne quis myſtacem alat: & ut legibus obtemperent, ne ipſis ſint difficiles obſervatu. Romani quos in libertatem vindicant, eorum corporibus ſtipulam tenuem injiciunt. & ubi teſtamentum condunt, alii ſcribuntur heredes, alii vendunt bona. quod videtur alienum a ratione. alieniſſimum illud Solonis, qui in ſeditione neutri ſe parti adjungentem ignominia notavit. & plane multa legum abſurda eſſe dixerit, qui auctoris mentem & cauſam ſcriptorum ſingulatim non cognoverit.*

In eodem Plutarchi libello & hoc quod ſequitur, dignum credidi quod annotarem in gratiam Studioſorum Juris *pag.* 552. *Legem Ægyptiam nonne recte videntur quidam Græcorum deſcripſiſſe quæ jubet gravidam, ſi mortis fuerit damnata, aſſervari, donec pariat? Plane aſſenſum eſt ab iis. Tum ego. Quid ſi prægnans aliquis non ſit, ſed progreſſu temporis actionem aut conſilium arcanum in lucem poſſit producere, aut occulti alicujus mali indicium deferre, vel ſalutaris auctor fieri conſilii, aut neceſſarii uſus inventor? nonne rectius facit qui dilato ſupplicio eam utilitatem operitur, quam qui mature eum interficiat? mihi quidem ſic videtur.* Hæc Plutarchus. Quid noſtri? probarunt quod de prægnante muliere Plutarchus dixit; ita volente utilitate innocentis partus: ut apparet ex *l. 3. D. de pœnis.* in cæteris autem caſibus, etſi plerique variarint, non tamen differendum eſſe damnati ſupplicium, verius eſſe, Ulpianus exiſtimavit *lib. 9. De officio Proconſulis*; ex quo verba hæc ſunt *l. 6. D. de pœnis. Si quis forte, ne ſupplicio adficiatur, dicat ſe habere quod Principi referat ſalutis ipſius cauſa: an remittendum ſit ad eum, videndum eſt? Et ſunt plerique Præſidum tam timidi, ut etiam poſt ſententiam de eo dictam, pœnam ſuſtineant, nec quidquam audeant: alii omnino non patiuntur quidquam tale allegantes: nonnulli neque ſemper, neque nonnunquam remittunt, ſed inquirunt, quid ſit, quod allegare Principi velit, quidque* [*quod*] *pro ſalute ipſius habeat dicere; poſt quæ aut ſuſtinent pœnam aut non ſuſtinent. Quod videtur habere mediam rationem: cæterum, ut mea fert opinio, prorſus eos non debuiſſe, poſteaquam ſemel damnati ſunt, audiri, quidquid allegent. Quis enim dubitat, eludendæ pœnæ cauſa ad hæc eos decurrere? magiſque eſſe puniendos, qui tamdiu conticuerunt quod pro ſalute Principis habere ſe dicere jactant? nec enim debebant tam magnam rem tamdiu reticero.*

CAPUT III.

Errare doctiſſimos viros, qui opinantur, populum Romanum Lege Regia omni ſe jure & majeſtate abdicaſſe in honorem Principis; idque ab Ulpiano l. 1. D. de Conſtitutionibus Principum ſignificari verbis, Ei & in eum. *Verus eorum verborum ſenſus: & ſimiles loquendi figuræ apud Julianum l. 2. §. 3. D. de jure codicillorum, & Vellejum Paterculum lib.* 2. quem a *Juſto Lipſio, V. CL. emendari ſine neceſſitate.*

Ulpianus *l. 1. D. de Conſtitutionibus Principum.*

Quod Principi placuit, legis habet vigorem; utpote cum Lege Regia quæ de imperio ejus lata eſt, populus ei & in eum omne ſuum imperium & poteſtatem conferat. §. 1. Quodcunque igitur Imperator per epiſtolam & ſubſcriptionem ſtatuit, vel cognoſcens decrevit, vel de plano interlocutus eſt, vel edicto præcepit: legem eſſe conſtat. hæc ſunt quas vulgo Conſtitutiones appellant.

Numquam potui in animum meum inducere, ut probarem eorum ſententiam qui exiſtimant, hæc Ulpiani verba, *ei & in eum*, eſſe formulæ qua uſus in Lege Regia ſit populus Romanus: multoque minus mihi perſua-

Digitized by Google

ſuadeo, ab Ulpiano ſignificari, quod & illi & alii tradunt, populum Romanum Lege Regia omne ſuum imperium & poteſtatem Principi conceſſiſſe ita; ut omni prorſus jure & poteſtate ſe exueret, ac ne tantillum quidem retineret reliquum; ſed alienato a ſe omni jure, vellet unum Principem, tamquam ſui & legum dominum, ſibi pro arbitrio imperare, ſeque illi ſine exceptione parere. Numquam enim hoc factum: & contra video, populum in comitiis ſuis etiam poſt Legem Regiam fuiſſe rogatum, quid de rebus, cum publicis, tum privatis, vellet juberet fieri. Quod quo ſpectat, niſi vel tum ſuum populo jus fuiſſe exiſtimamus? Sed quod de comitiis dixi, liquet ex ipſa Legis Regiæ formula qua delatus Veſpaſiano fuit principatus. verba apud Gruterum, *Corpore Inſcriptionum*, hæc ſunt. *Utique. quos. magiſtratum. poteſtatem. imperium. curationemve. cujus. rei. petentes. Senatui. populoque. Romano. commendaverit. quibusque. ſuffragationem. ſuam. dederit. promiſerit. eorum. comitIs. quibuſque. extra. ordinem. ratio. habeatur.* Idem indicat Tacitus; cum comitia Prætorum, arbitrio Senatus haberi ſolita, ſub Nerone attingit *lib.* 14. *Annal. c.* 28. Plinius quoque comitia Conſulum ſub Trajano memorat *Panegyric. c.* 63. *& ſeq.* Jam ſi leges quærimus a populo juſſas, conſtituto Principe, in eumque tranſlatis quæ comprehenſa ſunt lege Regia: quid verius eſt, quam quod Dion ſcribit *lib.* 56. legem Papiam Poppæam latam fuiſſe ad populum, M. Papio Mutilo & Q. Poppæo Secundo Conſulibus, jam ſeniore Auguſto: ut Tacitus ait *lib.* 13. *Annal. c.* 25. Nec diu ante prodiit lex Ælia Sentia: rogata quippe a S. Ælio Cato & C. Sentio Saturnino Conſulibus. Age vero lex Junia Norbana nonne ſub Tiberio lata, Conſulibus M. Junio Silano & L. Norbano? Ne illud quidem omittam, quod Tacitus *lib.* 12. *Annal. c.* 26. exponens formam qua Neronem Claudius adoptavit; *Rogata*, inquit, *lex qua in familiam Claudiam & nomen Neronis tranſiret.* Et Agrippina *c.* 41. *ejuſdem libri*, cum Neronem Britannicus Domitium, poſt adoptionem, ſalutaſſet, clamat, *Sperni adoptionem, quæque cenſuerint patres, juſſerit populus, intra penates abrogari.* Nec minus curiata comitia & populi legem agnoſcit Galba, apud Tacitum *lib.* 1. *Hiſtor. c.* 15. ſic Piſonem alloquens, *Si te privatus lege curiata apud Pontifices, ut moris eſt, adoptarem.* Æque huc ſpectat, quod apud eumdem *lib.* 12. *Annal. c.* 5. Vitellius, poſt pactum inter Claudium & Agrippinam matrimonium, cum necdum celebrare ſolemnia nuptiarum auderent, nullo exemplo deductæ in domum patrui fratris filiæ, *Percunctatus Cæſarem, an juſſis populi, an auctoritati Senatus cederet.* Et mox ille, *Unum ſe civium & conſenſui imparem reſpondit.* Igitur apparent exempla comitiorum, legumque in his a populo juſſarum, poſt conſtitutum principatum; ſimul apparet, populum numquam ſe jure ſuo atque imperio in gratiam Principis lege Regia abdicaſſe. Etſi neque ignoro exempla quibus Principes, ſua abuſi poteſtate, majeſtatem populi neglexere. Sed ea facti ſunt: cum noſtra ſit de jure diſputatio. Eo vero habuit unus in republica populus Romanus Juris condendi atque abrogandi facultatem pro communi omnium uſu: atque is eam deinde cum Principe communicavit lege Regia. ita factum, ut ſicut populus, ſic Princeps, pro majeſtate imperii Jus facere atque abrogare poſſet. Rem dixi.

De Ulpiano videndum. nec alia ejus ſententia fuit. tantum voluit docere, (quod ipſa indicant ejus verba) quemadmodum Princeps, qui non magis habebat jus faciendi contra leges, quam qualiſcumque Magiſtratus, a populo acceperit condendi Juris facultatem; ſive quid reſcribat, ſive decernat, ſive edicat. Hoc Ulpiani conſilium fuit, non aliud. idque *De jure ſummi imperii & lege Regia* demonſtravi plene. nec pluribus opus: niſi, quod illic omiſi, monendum, ea verba, *ei & in eum*, apud Ulpianum idem ſignificare; & fere eſſe loquentis plenius ac fortius: cum alioquin alterum ſufficeret, & valeret tantumdem. ac, ne quis requirat hujus fidem interpretationis, apponam exemplum locutionis non diſſimilis ex Juliano *l.* 2. §. 3. *D. de jure codicillorum.* Verba Juliani. *Furioſus non intelligitur codicillos facere: quia nec aliud quicquam agere intelligitur, cum* per omnia & in omnibus *abſentis vel quieſcentis loco habeatur.* Juliano addam Vellejum Paterculum: qui *lib.* 2. de Planco, *Cum*, inquit, *fuiſſet humillimus aſſentator reginæ, & infra ſervos cliens, cum Antonii librarius, cum obſceniſſimarum rerum & auctor & miniſter, cum* in omnia & in omnibus *venalis, cum ceruleatus.* & reliqua. Vir Clariſſimus, Juſtus Lipſius, *in Notis*, corrigit, *In omnia & omnibus.* Sed abſtinendum exemplo ſupervacuæ emendationis, tam evidente locutione apud Veteres.

Caput IV.

***Quo ſenſu ſcribat Paulus*, Imperatorem ex imperfecto teſtamento legata aut fideicommiſſa vindicare, inverecundum eſſe. *Extricata in primis l.* 23. *D. de legatis lib.* 3.**

Illud quoque non indignum eſt explicitu quod ex Paulo in *l.* 23. *D. de legatis lib.* 3. in hæc extat verba. *Ex imperfecto teſtamento legata vel fideicommiſſa*

miſſa Imperatorem vindicare, inverecundum eſt: decet enim tantæ majeſtati, eas ſervare leges quibus ipſe ſolutus eſſe videtur. Sic enim communi omnium conſenſu exauditur Paulus; quaſi ſignificet, non eſſe quidem decorum, Principem ex teſtamento, legibus imperfecto, vindicare legata aut fideicommiſſa ſibi relicta: ſed ſi veiit ea vindicare; nihil prohibere, quo minus poſſit: quia legibus ſolutus eſt; ſive, ut alibi dicitur, lex imperii eum ſolvit Juris ſolemnibus. Ego vero rogatus ſententiam, difficulter accedam interpretationi, tam remotæ a ratione Juris, neque magis Paulo conſentaneæ. certe nondum pœnitet me Diſſertationis, *De jure ſummi imperii & lege Regia:* in qua idoneis docui argumentis, Principem legibus, ſive juris ſolemnibus, ſolutum eſſe Lege Regia; cum ei negotium eſt, leges inutiles mutare legibus melioribus: cæterum civem eſſe, & legibus teneri, reliquorum more: præterquam, ſi quibus nominatim ſolutus ſit. Igitur, quod eſt thema hujus loci, fac imperfectum teſtamentum: in eo datum Principi eſſe legatum aut fideicommiſſum. an poteſt Princeps legatum aut fideicommiſſum ex teſtamento petere? fortaſſe dices, & feciſſe multos. ſed, ſi Paulum audimus, nullo jure. non enim eſt teſtamentum quod non eſt legibus perfectum. Atqui Lex imperii Principem ſolvit legum ſolemnibus. Sit ita, cum pro majeſtate imperii leges facit, aut corrigit, inflectitve, ſuadente communi utilitate: ſed non idem eſt; cum quid agit, tamquam civis & unus e multis. ſic enim legibus vivit, etſi alioquin legibus ſolutus ſit. Atque ita Principes §. *ult. Inſt. Quibus modis teſtamenta infirmentur.* Et ante Claudius, apud Tacitum *lib.* 12. *Annal. c.* 5. verba Taciti. *C. Pompejo, Q. Verannio Coſſ. pactum inter Claudium & Agrippinam matrimonium, jam fama, jam amore illicito firmabatur, nec dum celebrare ſolennia nuptiarum audebant, nullo exemplo deductæ in domum patrui fratris filiæ. Quin & inceſtum, ac ſi ſperneretur, ne in malum publicum erumperet; metuebatur. Nec ante omiſſa cunctatio, quam Vitellius ſuis artibus id perpetrandum ſumpſit. Percunctatuſque Cæſarem, an juſſis populi, an auctoritati Senatus cederet? ubi ille unum ſe civium, & conſenſui imparem reſpondit, opperiri intra palatium jubet.*

At enim, inquies, Paulus manifeſtius, quam ut diſſimulari debeat, opinatur, non cogi Principem, ſervare leges, etſi id eum facere deceat. an aliud velle videtur. cuiquam; cum ait, *Ex imperfecto teſtamento legata vel fideicommiſſa Imperatorem vindicare, inverecundum eſſe:* & addit, *Decere tantæ majeſtati, eas ſervare leges quibus ipſe ſolutus eſſe videtur?* Verum apage verborum ludibria: ad quæ numquam ſe demiſit Paulus. quin modeſte & condigne Juriſconſulto ait; *inverecundum eſſe*; Imperatorem ex imperfecto teſtamento vindicare legata aut fideicommiſſa; cum negat, eum id facere poſſe: & contra, cum dicit, eum *decere*, ſervare leges, ad hoc eum teneri, ſignificat. Atque huic interpretationi meæ etſi ſufficeret ratio & communis ſenſus, tamen teſtimonium dabit Imperator Alexander, ſub quo floruit Paulus; ne quis putet, eam abhorrere a diſciplina ejus temporis. Verba Alexandri in *l.* 3. *C. de teſtamentis* hæc ſunt.. *Ex imperfecto teſtamento nec Imperatorem hereditatem vindicare poſſe, ſæpe reſcriptum eſt. Licet enim lex imperii ſolemnibus Juris Imperatorem ſolverit: nihil tamen tam proprium imperii eſt, quam legibus vivere.* Quid hic Alexander? ait, Imperatorem *non poſſe* hereditatem vindicare ex imperfecto teſtamento. Quod ſi eſt: quid ni dicamus, Paulum, cum ait, Imperatorem legata aut fideicomiſſa ex imperfecto teſtamento vindicare, *inverecundum eſſe*, modeſte ſignificare, non eſſe Imperatori jus, ex imperfecto teſtamento petere legata aut fideicommiſſa? Nec tantum patitur hunc ſenſum ſecta temporis quo vixit Paulus: ſed nec loquendi uſus ac norma ei reſiſtit. utique Marcianus *l.* 8. §. 6. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur*, cum negat, creditori qui debitori pignoris venditionem permiſit, ſecuta venditione, ſupereſſe vindicandi pignoris facultatem, ad eumdem plane modum ait, cum *inverecunde deſiderare* actionem hypothecariam; ac, ſi deſideret, repellendum eſſe. Verba Marciani ſi quis inſpicere velit, hæc ſunt. *Si voluntate creditoris fundus alienatus eſt, inverecunde applicari ſibi eum creditor deſiderat: ſi tamen effectus ſit ſecutus venditionis. nam ſi non venierit, non eſt ſatis ad repellendum creditorem, quod voluit venire.* Marciano addam Papinianum: nam is quoque eadem utitur loquendi verecundia, atque in eumdem ſenſum *l.* 3. §. *ult. D. de uſuris.* verba Papiniani. *Si auro vel argento facto per fideicommiſſum relicto, mora intervenerit, an uſurarum æſtimatio facienda ſit, tractari ſolet. Plane ſi materiam iſtam ideo relinquit, ut, ea diſtracta, pecunia quæ [refecta], fideicommiſſa ſolverentur, aut alimenta præſtarentur; non oportere fruſtrationem impunitam eſſe; reſponderi oportet. Quod ſi forte ideo relinquit, ut his vaſis uteretur, non ſine rubore deſiderabuntur uſuræ: ideoque non exigentur.* Quid? quod Papinianus *l.* 15. *D. de conditionibus inſtitutionum* prorſus divine, *Quæ*, inquit, *facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt, nec facere nos poſſe credendum eſt.*

Præter ſuperiorem Pauli locutionem, eſt & alia in *d. l.* 23, etſi non tanti momenti, tamen nec ipſa negligenda: cum poſſet imprudentibus parum juſta videri. Verba Pauli Florentiæ ita edit Taurellius.

Decet enim tantæ majeſtati, eas ſervare leges quibus ipſe ſolutus *eſſe videtur.*

In

In aliis libris eſt, *ipſa ſoluta.* atque ea ſcriptura convenit præceptis Grammaticæ: quibus non convenit Florentina. Nil tamen mutem temere: non enim eſt inſolens Veteribus, in ſermone genus mutare, ac relationem facere magis ad antecedentium verborum ſenſum, quam ad verba quibus is ſenſus continetur. Hoc jam in aliis auctoribus animadvertit Auſonius Popma, V. CL. *De uſu antiquæ locutionis lib.* 2. *c.* 2. nec pigebit me, pauca quæ ex noſtris obſervavi, adjicere. Ex eo genere eſt illud Pauli noſtri *l.* 1. *D. de tutelis. Tutela eſt vis ac poteſtas in* capite libero *ad tuendum* eum qui *propter ætatem ſuam ſponte ſe defendere nequit, jure civili data ac permiſſa.* Ulpianus quoque *l.* 195. §. 2. *D. de verborum ſignificatione* ſimili loquendi figura, *Cum*, inquit, *paterfamilias moritur, quotquot* capita *ei* ſubjecta *fuerunt*, *ſingulas familias incipiunt habere.* ſinguli *enim patrumfamiliarum nomen ſubeunt.* Et in *l.* 1. *D. de pactis. Quid enim tam congruum* fidei humanæ, *quam ea quæ inter* eos *placuerunt, ſervare.* V. CL. Elbertus Leoninus *lib.* 1. *Emendat. c.* 16. ſequutus, ut ait, fidem manuſcripti codicis antiquiſſimi, corrigit. *Quia enim magis humanæ fidei eſt congruum, quam ea obſervari quæ inter homines placuerunt.* Fruſtra: etſi non inconcinno ſenſu.

Ne ſinam quidem vituperari hoc Pauli in *d. l.* 23. *Decet tantæ majeſtati.* eſſe enim frequentem apud Latinos auctores ejuſmodi locutionem, dudum oſtendit Sanctius, *Minerva lib.* 2. *c.* 4.

CAPUT V.

Quid apud Pomponium l. 28. *D. de uſufructu ſit*, Numiſmatibus aureis vel argenteis veteribus pro gemmis uti? *& expuncta levis menda ex Ulpiano l.* 27. §. 4. *D. de auro, argento, mundo.*

Pomponii verba ſunt *l.* 28. *D. de uſufructu. Numiſmatum aureorum vel argenteorum veterum quibus pro gemmis uti ſolent, uſusfructus legari poteſt.* Ea verba ſic exaudivit V. CL. Hugo Donellus, *lib.* x. *Com. Jur. c.* 3. *in fin.* quaſi vellet Pomponius, Numiſmatum, ſi aurea ſint aut argentea, & his pro gemmis uti ſoleant, uſumfructum legari poſſe. atque ut exemplo liqueret, quid eſſet, numiſmatibus uti pro gemmis; addidit Donellus, Ad pilei puta, aut veſtis ornatum; alioquin non poſſe: quia nullus eorum uſus ſit. Ad eumdem modum Franciſcus Connanus, *lib.* 4. *Com. jur. civil. c.* 1. *n.* 2. Gemmas, inquit, vocat, quas nos imagunculas aureas & argenteas quibus viri ad pilei aut veſtis ornatum hodie utimur. Hæc Doctiſſimi illi Viri. ac neſcio, an ea mutuati ſint a Gloſſa ejus loci: cujus poſteriore parte verba hæc ſunt. *Dic ergo, quod hic erat uſusfructus; & erit fructus in hoc, quod pro gemmis, tamquam monilia portentur ad pectus.* Sed puto, neque Gloſſatorem, neque Connanum, neque Donellum, vidiſſe, quid Pomponio ſit, Veteribus numiſmatibus aureis vel argenteis pro gemmis uti, ut eorum uſusfructus legari poſſit.

Igitur age hoc demonſtremus: ſed primum, quod *numiſmata* ſunt eadem *nummis*, ne quis forte diſtinguenda a *nummis numiſmata* eſſe exiſtimet. id vero intelligitur teſtimonio Ulpiani: qui in *l.* 9. §. 4. *D. Ad exhibendum* numiſmatum uſumfructum, non hunc verum, ſed quaſi, deſcribens, ita loquitur. *Marcellus ſcribit, ſi tibi decem* nomiſmata *ſint ſub conditione legata, & mihi decem uſusfructus pure, deinde heres pendente conditione, non exacta cautione, decem fructuario ſolverit, ad exhibendum eum actione teneri: quaſi dolo fecerit, quo minus poſſideret. dolus autem in eo eſt, quod cautionem exigere ſuperſedit a fructuario: effectumque, ut legatum tuum evaneſceret, cum jam* nummos *vindicare non poſſis.* Quæ initio *nomiſmata* dixit Ulpianus, deinde *nummos* appellat. ſunt igitur ei *nomiſmata* eadem *nummis.* Atque hoc ſi eſt; tollendum leve mendum in *l.* 27. §. 4. *D. de auro, argento, mundo:* in quo ſic *idem* ſcribit Juriſconſultus. *Si autem aurum vel argentum ſignatum legatum eſt, id paterfamilias videtur teſtamento legaſſe, quod ejus aliqua forma eſt expreſſum: veluti quæ Philippi ſunt, itemque* nomiſmata *& ſimilia.* Ulpianus *Philippeos* diſtinguit a *nomiſmatibus:* cum verum ſit, *Philippeos* eſſe *nomiſmata* apud Horatium *lib.* 2. *Epiſt.* 1. Igitur ſcribe, *Veluti quæ Philippi ſunt, itemque nomiſmata ſimilia.* Nempe, paterfamilias legavit alicui aurum vel argentum ſignatum. quæritur, quid legato contineatur? pro certo ponit Ulpianus, pecuniam, forma publica percuſſam, ſignati auri, vel argenti, appellatione comprehendi; ac, quia de eo nemo dubitabat, de eo, pro Veterum more, nihil dicit: ſed cum ambigi poſſet de Philippi, Regis Macedoniæ, & ſimilibus nomiſmatibus, de his reſpondendum credidit. Ait igitur, ea ſignati auri vel argenti appellatione venire. Licebit etiam aliter accipere Ulpianum: exiſtimantibus, (quod præclare obſervavit V. CL. Iſaacus Caſaubonus, Notis ad Trebellium Pollionem, *Vita D. Claudii c.* 14. *pag.* 382.) nummos Philippeos fuiſſe primum Philippi juſſu formatos: ſed recepto deinde formæ uſu retentum fuiſſe ejus appellationem: etſi jam referret vultum, non Philippi, ſed cujuſcumque Principis, a quo juſſa ſit cudi. Locus ad quem Notam hanc ſcripſit Caſaubonus apud Trebellium Pollionem *d. c.* talis eſt in Epiſtola Valeriani ad Zoſimionem Syriæ pro-

curatorem. *Argenti in opere annua pondo quinquaginta, Philippeos noſtri vultus annuos centum, & in ſtrenis.* &c.

Utcumque erit: apparet, nomiſmata eſſe eadem nummis: eademque opera facile apparebit, quæ Pomponio *d. l.* 28. dicantur *vetera nomiſmata aurea vel argentea.* Meminit talium Suetonius ſequentibus verbis, *Auguſto c.* 75. *Saturnalibus & ſi quando alias libuiſſet, modo munera dividebat, veſtem & aurum & argentum; modo nummos omnis notæ, etiam veteres regios ac peregrinos.* Habet & Lactantius exemplum *lib.* 1. *Divin. Inſtit. c.* 10. cum, *Hunc*, inquit, *errantem atque inopem Janus excepit. cujus rei argumenta ſunt nummi veteres in quibus eſt cum duplici fronte Janus, & in altera parte navis.* Porro obſervandum eſt, quod non ſimpliciter ait Pomponius, legari poſſe uſumfructum numiſmatum aureorum vel argenteorum veterum, ſed horum quibus pro gemmis uti ſolent. Id vero quid ſignificat, niſi legari poſſe uſumfructum veterum numiſmatum, quibus non ſolent uti tamquam numerata pecunia: (tum enim magis quaſi uſusfructus intelligitur) ſed quibus ſolent, tamquam gemmis, ſive ad eum modum ad quem gemmis, uti: adeo nota locutione: ut fere fruſtra addam, ſic exſtare apud Tryphoninum *l.* 37. §. 1. *D. de minoribus*, *Nec ſi quid eorum commiſerit quæ pro adulterio eadem lex punit:* id eſt, tamquam adulterium. Et apud Suetonium, *Tiberio c.* 15. *Nec quidquam poſtea pro patrefamilias egit.* Pro, tamquam paterfamilias. Apud Juſtinianum quoque §. *ult. Inſt. de heredum qualitate & differentia* exſtat, *Pro herede autem gerere quis videtur, ſi rebus hereditariis tamquam heres utatur.* Vult igitur Pomponius, legari uſumfructum numiſmatum veterum, quibus tamquam gemmis, uti ſolent.

Is vero uſus erat animi oblectatio ex ſtudioſa earum cum collectione, tum contemplatione & oſtentatione. Eum uſum docuit me Plinius *lib.* 37. *Nat. hiſt. Proœmio.* Verba Plinii. *Gemmæ ſuperſunt, & in arctum coacta rerum naturæ majeſtas, multis nulla ſui parte mirabilior. Tantum tribuunt varietati, coloribus, materiæ, decori, violari etiam ſignis gemmas nefas ducentes. Aliquas vero extra pretia ulla taxationemque humanarum opum arbitrantes, ut pleriſque ad ſummam abſolutamque rerum naturæ contemplationem ſatis ſit una aliqua gemma.* Fuiſſe autem in his oſtentationem, idem refert Plinius *eod. lib. c.* 1. eamque a tibicine cœpiſſe; ſed poſtea hominibus, etiam ſummis, admirationi fuiſſe. Verba Plinii ex multis pauca adſcripſi. *Tertius qui eodem tempore fuit inter muſicos, Nicomachus multas gemmas habuiſſe traditur, ſed nulla peritia electas: forte quadam his exemplis initio voluminis oblatis adverſus iſtos qui ſibi hanc oſtentationem arrogent, ut palam ſit, eos tibicinum gloria tumere.* Et poſt. *Gemmas plures, quod peregrino appellant nomine dactyliothecam, primus omnium habuit Romæ privignus Syllæ Scaurus. diuque nulla alia fuit, donec Pompejus Magnus eam quæ Mithridatis Regis fuerat, inter dona in Capitolio dicaret, ut M. Varro aliique ejuſdem ætatis auctores confirmant, multum prælatam Scauri. Hoc exemplo Cæſar Dictator ſex dactyliothecas in æde Veneris Genitricis conſecravit. Marcellus Octavia genitus in Palatina Apollinis æde unam.* Præter Plinium etiam Suetonius *Julio c.* 46. hanc rem tangit, de Cæſare ſic loquens, *Gemmas, toreumata, ſigna, tabulas operis antiqui, ſemper animoſiſſime comparavit.* Et Horatius *lib.* 1. *Epiſt.* 6. *verſ.* 17.

I nunc, argentum, & marmor vetus, æraque & arteis
Suſpice, cum gemmis Tyrios mirare colores.

Cæterum, ſicut Veteres in his gemmarum quas faciebant dactyliothecis, varietatem, colores, materiam, decus, denique ut in Pyrrhi achate, naturæ miracula; etiam ab arte illuſtrium hominum imagines, ac ſigna, finge, Auguſti ſphingem, Mecænatis ranam, Syllæ traditionem Jugurthæ, ſimiliaque alia quæ Plinius enarrat *d. c.* 1. & admirabantur & oſtentabant: ſic magno ardore ac ſumptu vetera colligebant numiſmata in quibus Regum ac Principum vultus, ſimul res domi foriſque geſtas, denique omnem vetuſtatis memoriam, ſibi aliiſque repræſentabant. Quæ res cum ad animi & oblectationem & cultum ſpectaret, etſi reditum non daret, aliquam videbatur habere utilitatem; & ideo mirum non eſt, ſi uſumfructum recipere intelligeretur, ſalva poſt uſum numiſmatum ſubſtantia.

Volui hic facere finem hujus capitis: ſed retinet me Chryſoſtomus: qui veterum numiſmatum, in primis Alexandri Magni, uſum, præter hunc quem dixi, etiam alium Gentilibus fuiſſe, atque ab his ad Chriſtianos perveniſſe; conqueritur. Verba Chryſoſtomi, quia rem notabilem indigitant, appoſui. ſunt autem hæc *Ad populum Antiochenum homil.* 21. *ad fin. tom.* 1. *pag.* 246. *Quid vero diceret aliquis de his qui carminibus & ligaturis utuntur, & de circumligantibus aurea Alexandri Macedonis numiſmata capiti vel pedibus? dic mihi, hæne ſunt exſpectationes noſtræ, ut poſt crucem & mortem dominicam in gentilis regis imagine ſpem ſalutis habeamus.*

CAPUT VI.

Iſidori locus de actione finium regundorum ab errore revocatus unius literæ mutatione.

Iſidori de finium regundorum actione verba *lib. 5. Originum c. 25.* hæc ſunt. *Finium regundorum actio dicta eo quod per eam regantur fines utrique ne diſſipentur: dummodo non anguſtiore quinque pedum loco ea controverſia ſit.* Sic Iſidorus: ſed falſo, etſi levi ex cauſa. peccat enim una litera: quam muto; & ſcribo, *Dummodo non* auguſtiore *quinque pedum loco ea controverſia ſit.* Ita ad verum accedit ſenſus, qui ante a vero aberrabat. Utar magno & certo auctore. is eſt Imperator Conſtantinus *l. 3. Cod. Theod. Finium regundorum.* Verba Conſtantini. *Si finalis controverſia fuerit, tunc demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum de quo agitur apud Præſidem eſſe conſtiterit; cum de majore ſpatio quædam non finalis, ſed proprietatis, apud ipſum Præſidem debeat terminari.*

CAPUT VII.

Gaji Fragmentum quoddam quod eſt in l. 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis, a Juris noſtri Architectis ſub illo Titulo collocari perperam. quo pertineat; & quis ſit verus ejus ſenſus.

Vere Marcianus *l. 1. §. 2. D. Quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non poſſunt*, *Eam*, inquit, *rem quam quis emere non poteſt, quia commercium ejus non eſt, jure pignoris accipere non poteſt.* An æque Gajus in his verbis *l. 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere poteſt?* Sed de hoc deliberabimus. res enim obſtrepere videtur: Ulpianus certe, *Rem*, inquit, *alienam diſtrahere quem poſſe, nulla dubitatio eſt: nam emptio eſt & venditio: ſed res emptori auferri poteſt l. 28. D. de contrahenda emptione.* Diocletianus autem & Maximianus *l. 6. C. Si aliena res pignori data ſit* ſcribunt, *Per alium rem alienam invito domino pignori obligari non poſſe:* & hoc *certiſſimum eſſe.* Qui igitur definit Gajus, pignorationem recipere quod emptionem venditionemque recipit? Non intercedam, ſi quis ea Gaji verba in *d. l. 9.* §. 1. a vero aliena eſſe ſuſpicetur. Sed modeſtiæ meæ non convenit, ut circa ea ſi quod eccidit peccatum, eſſe Gaji peccatum exiſtimem. quis enim credat, tantum virum Juris in quo verſabatur, adeo incallidum fuiſſe, ut non intelligeret, rem alienam pignori obligari non poſſe; & ſi obligetur, ceſſare actionem hypothecariam. An quid aliud voluit; cum *lib. ſing. De formula hypothecaria* ait, *Creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuiſſe l. 15. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis?* Sed non ut Gajum facile ea culpa libero; ſic hac Juris noſtri Architectos abſolvo. Eſt enim illorum negligentia factum: ut in *d. l. 9.* §. 1. aliud ſonent Gaji verba, quam ipſe voluerit Gajus. nempe, quia ſiverunt, ea irrepere in Titulum *De pignoribus & hypothecis:* cum debuiſſent poni ſub Titulo *De pigneratitia actione vel contra*, nam huc pertinent. Ac, ne videar hoc ſine mercede loqui, addam argumentum quod mihi, ſtudioſius omnia conſideranti, commode ſuppeditat ipſius Inſcriptio capitis. Ea Inſcriptio habet, *Gajus lib. 9. Ad Edictum Provinciale:* eo vero in libro eum præſertim actionem pigneratitiam quæ ex contractu eſt, explicuiſſe, ex *l. 10. & l. 12. D. de pigneratitia actione* manifeſtum eſt. Age igitur, ducem ſequuti hanc Gaji Inſcriptionem, audeamus Gajum retrahere a fuga in qua hactenus fuit; & ultro ad verum ejus ſententiam reducemus. Igitur reſpexit Gajus in *d. l. 9.* §. 1. ad pigneratitiam actionem, quam ſub Titulo *De Pigneratitia actione, lib. 9. Ad Edictum provinciale*, expoſuit: non ad formulam hypothecariam, de qua *libro ſingulari De formula hypothecaria* (ex quo libro ſunt *l. 4. & l. 15. D. de pignoribus & hypothecis*) diſputavit; forte & extrema Edicti parte ſub Titulo *De pignoribus & hypothecis:* ſic enim facere ſolitos fuiſſe Veteres, vel Juſtiniano teſte intelligitur *l. omnem* §. 4. *De conceptione Digeſtorum.* Neque vero parum refert, utrum ad hanc, an ad illam, actionem hoc Gaji Fragmentum referatur. Nam ut pigneratitia competat, (quæ actio *de pignore dato* dicitur *l. 42. D. de pigneratitia actione, & l. 2. D. de pignoribus & hypothecis*) nihil opus eſt, rem pignoris jure obligari; ſed ſufficit, rem pignori datam eſſe, quamvis jure pignori obligata non ſit. ut autem hypothecaria actio locum habeat, non ſatis eſt, rem pignori datam eſſe; ſed eam pignoris jure obligatam eſſe oportet. Hæc tam varie: quia hypothecaria, cum in rem actio ſit, creditori datur adverſus quemlibet pignoris poſſeſſorem: utique, ſi probet, eam rem de qua convenit, ut pignori ſibi ſit, ſibi pignoris jure teneri: nam tum eam, quocumque in loco ſit, jure perſequitur. quod ſi creditor quidem dicat, rem ſibi pignori datam eſſe; ſed eam ſibi jure obligatam eſſe, non probet; non recte poſtulat, ſi-

bi

bi a poſſeſſore reſtitui pignus quod ei jure obligatum non eſt: quia non eſt ejus pignus; & ideo in pari cauſa melior eſt poſſidentis conditio, quam creditoris qui non poſſidet. Tantum de actione hypothecaria. Supereſt pigneratitia. ea non in rem, ſed in perſonam, eſt; neque adeo rem pignoratam ſequitur, neque ejus poſſeſſorem: ſed tantum inter debitorem & creditorem qui utique de pignore dato acceptoque contraxerunt, vim ſuam exſerit. Neque iniquum eſt, eos inter quos commercium fuit, ex mutua conventione invicem ſibi teneri; etſi res de qua conſenſerint, ut pignori eſſet, jure obligata non ſit. Proinde ſi aliena res pignori data ſit; non poteſt eam creditor a quocumque poſſeſſore vindicare jure pignoris: quia non poteſt dicere, hoc jure ſibi teneri rem, quæ ei obligata eſt ab eo, qui non habebat jus obligandi rem, quæ ejus in bonis, cum conveniret, non erat. Atque hoc in hypothecaria actione Imperatores oſtendunt in *l. 6. C. Si aliena res pignori data ſit*; amplius Gajus noſter *lib. ſing. De formula hypothecaria* in *l. 15. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis*. Non idem eſt in pigneratitia. ut enim aliena res, ſi quando pignori detur, a creditore libera maneat, tamen contrahentium perſonæ ultro citroque de ea pignori data acceptaque tenentur. finge: debitor rem alienam creditori dedit, ut eam pignori habeat, donec ei debitum ſolvatur. mox debitor ei debitum ſolvit. quamquam non valuit alienæ rei pignus; tamen rationis eſt, ut creditor debitori ad reſtituendam rem quam ab eo tantum in debiti ſecuritatem accepit, eo ſoluto, actione directa teneatur. convenit enim ita; interque eos commercium fuit. Nec verbis opus: hoc Ulpianus indicat; cum *libro* 28. *Ad Edictum* quo libro actionem pigneratitiam interpretatus eſt, *Is quoque*, inquit, *qui rem alienam pignori dedit, ſoluta pecunia poteſt pigneratitia experiri l. 9. §. 4. D. de pigneratitia actione*. Idem Ulpianus & de actione contraria teſtatur *pr. ejuſdem capitis*, *Si*, inquiens, *rem alienam mihi debitor pignori dedit, dicendum eſt, locum habere contrarium judicium*. Quin Impp. Diocletianus & Maximianus *l. 6. C. Si aliena res pignori data ſit* contrariam pigneratitiam hac in ſpecie cum hypothecaria comparant; cum ajunt, *Quæ prædium in filios a ſe titulo donationis translatum, creditori ſuo dat pignori, ſe magis contrario pignoratitio obligat judicio, quam quicquam dominis noceat: cum Serviana etiam actio declaret evidenter jure pignoris teneri non poſſe, niſi quæ obligantis in bonis fuerint.* Igitur ſi non actio hypothecaria, ſed pigneratitia, quæſtioni ſit; nil cauſæ eſt, quo minus res aliena ſicut emi & vendi, ita pignori dari, poſſit: quamquam non ut pignori obligetur; ſed ut debitor & creditor invicem ſibi actione pigneratitia teneantur. nam aliena quoque res diſtrahi poſſe dicitur *l. 28. D. de contrahenda emptione*: non quod venditione a non domino facta, alienari videtur; ſed quod venditor cui cum emptore commercium eſt, cum eo de alienæ rei venditione contrahere poteſt, ſic ut ſe ad rei traditionem obliget; & ſi non tradat, emptori actione ex empto teneatur ad id quod ejus interſit, eam ſibi traditam eſſe. Hoc igitur ſenſu Gajus *d. l. l. 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis*, *Quod*, inquit, *emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere poteſt*. Sed is ſenſus ex loci Inſcriptione nimis manifeſtus eſt: quamquam miror, eam Inſcriptionem non animadvertiſſe doctiſſimos Juris Interpretes.

CAPUT VIII.

Ad peremptorium edictum non veniri poſt tria, ſed poſt duo, edicta. Reſtituta Ulpiani verba quæ luxata hactenus ſunt in l. 68. & l. 70 D. de judiciis: & Hermogenianus l. 53. D. de re judicata correctus explicituſque.

Ut in humano corpore, ſic in ſermone, ſi quod luxatur membrum, ejus uſus plerumque aut nullus eſt, aut certe non verus. Id adeo uno oſtendam exemplo, ſed pulchro, quod ſe nunc mihi offert. Ulpianus *l. 68. l. 70. & l. 72. D. de judiciis* quæ omnes ſunt ex eodem *lib. 8. Diſputationum*, ita ſcribit de ordine edicti peremptorii.

Ad peremptorium edictum hoc ordine venitur, ut primo petat quis poſt abſentiam adverſarii edictum primum; mox alterum; & tertium: quibus propoſitis, tunc peremptorium impetret. quod inde hoc nomen ſumpſit, quod perimeret diſceptationem, hoc eſt, ultra non pateretur adverſarium tergiverſari. Nonnunquam autem hoc edictum poſt tot numero edicta quæ præceſſerint datur: nonnunquam poſt unum vel alterum: nonnunquam ſtatim quod appellatur unum pro omnibus.

Hanc ſcripturam cuncta exhibent exemplaria: nec dubito, an male. quærit enim Ulpianus, quemadmodum jure & ordine perveniatur ad peremptorium edictum; id eſt, hoc quo (ut idem Ulpianus *l. 71. D. eod. tit.* definit) is qui edictum dat, comminatur, etiam abſente diverſa parte cogniturum ſe & pronuntiaturum; ac ſi receptæ ſervimus ſcripturæ; ait Ulpianus, ad id tum veniri, cum tria præceſſere edicta, quibus non paruerit reus. Quod non eſſe verum, tam certum habeo, quam quod eſt certiſſimum. ſufficit enim, ut peremptorium edictum obtineatur, duo præceſſiſſe edicta; tria præceſſiſſe, non opor-

opor-

oportet. ita peremptorium edictum non eſt quartum edictum, ſed tertium; etſi recepta ſcriptura velit, quartum eſſe. Sed hanc refutant Diocletianus & Maximianus; cum in *l. 9. C. Quomodo & quando judex* ſic ſcribunt. *Tres denuntiationes ad peremptorii edicti vicem adverſus contumaces convaleſcere, ſalubriter conſtitutum eſt.* Senſus enim Imperatorum eſt, Etſi peremptorium edictum proprie dicatur, cum is qui edictum dat, comminatur, etiam abſente parte ſe cogniturum & pronuntiaturum: eum tamen ſi nulla intervenit comminatio, non prohiberi, adverſus abſentem qui admonitus noluerit judicio adeſſe, ſententiam proferre: (quod & Gordianus obſervat *l. 2. C. eod. tit.*) modo eum trina admonuerit denuntiatione. quamquam enim proprie ceſſet cauſa peremptorii edicti, cum nulla facta comminatio eſt, tamen tres denuntiationes pro peremptorio edicto valere, ſalubriter conſtitutum eſſe. Sic illi. Idem probat Hermogenianus *l. 53. D. de re judicata*, *Contumacem*, inquiens, *eſſe qui tribus edictis propoſitis, vel uno pro tribus quod vulgo peremptorium appellatur, literis evocatus, præſentiam ſui facere contemnet.* Scribo, *Contumacem eſſe, qui tribus edictis propoſitis, vel uno pro tribus quod vulgo peremptorium vocatur*, tribuſve *literis evocatus, præſentiam ſui facere contemnet.* Vocatur enim reus ad Judicem vel edictis, vel literis, vel denuntiationibus; & ſi ſic tertium vocatus, ſui copiam non facit, contumax habetur. Paulum audi *lib. 5. Sentent tit. 5. Trinis* (inquit) *literis vel edictis, aut uno pro tribus dato, aut trina denuntiatione conventus, niſi ad judicem a quo ſibi denuntiatum eſt, aut cujus literis vel edictis conventus eſt, venerit, quaſi in contumacem dicta ſententia auctoritatem rerum judicatarum obtinet.* Non igitur impetratur edictum peremptorium poſt tria edicta, ſed poſt duo. Nec tamen ignoro, ad peremptorium aliquando veniri poſt tria: talemque caſum adferri a Paulo *l. 55. D. de judiciis*, verbis ſequentibus. *Edictum quod ab anteceſſoro datum eſt, in numero trium edictorum connumerari debet. Plane licet* [omnis] *ab anteceſſore numerus finitus ſit, ſolet ſucceſſor unum edictum dare.* Sed Ulpianus *d. l. 68. & 70.* non quid aliquando, ſed quid plerumque, fiat, definit: quid vero interdum extra ordinem obſervetur, demum exponit *l. 72. D. eod. tit.* Quid igitur eſt? ego ſic cenſeo, in *d. l. 68. & 70.* loco mota eſſe duo verba: quibus reſtitutis, nihil eſſe quod in Ulpiano deſideretur. ea verba ſic reſtituo.

> *Ad peremptorium edictum hoc ordine venitur: ut primo petat quis poſt abſentiam adverſarii edictum primum, mox alterum: quibus propoſitis & tertium tunc peremptorium impetret. quod inde hoc nomen ſumpſit, quod perimeret diſceptationem, hoc eſt, ultra non pateretur adverſarium tergiverſari. Nonnunquam autem hoc edictum poſt tot numero edicta quæ præceſſerunt datur: nonnunquam poſt unum vel alterum: nonnunquam ſtatim quod appellatur unum pro omnibus*

Caput IX.

Si quas in fundo lapidicinas, cretifodinas, arenifodinas, aut quæcumque alia metalla, exercuit dominus proprietatis; his fructuarium uti poſſe, legato fundi uſufructu. Quid, ſi dominus nulla exercuit? adhuc fructuarium inſtituere ea poſſe, quibus nihil agriculturæ nociturus ſit. Quid, ſi in iis quæ inſtituere velit fructuarius, plus reditus ſit, quam in vineis, vel arbuſtis, vel olivetis? an poteſt ea dejicere? non videri. Ulpianus l. 13. §. 5. D. de uſufructu liberatus interpolatione plane turbulentà & male cohærente.

Aut me fallit conjectura, aut habeo cauſam, cur ſuſpicer, non ſatis bene atque æquabiliter ſe habere res Ulpiani in *l. 13. §. 5. & 6. D. de uſufructu*: nam diſſident & pugnant uſque adeo; ut metuam, ne quid, invito Ulpiano, irrepſerit in locum optimum: quod niſi quo interdicto de poſſeſſione iniqua dejiciatur, Ulpiano mentem excuſſurum ſit. Sed prius, quam id oſtendam, conſiderabo ejus verba quæ ſunt in *l. 9. §. 2. & 3. D. de uſufructu.* Ea verba ſunt.

> *Sed ſi lapidicinas habeat, & lapidem cædere velit, vel cretifodinas, vel arenas, omnibus his uſurum Sabinus ait, quaſi bonum patremfamilias. §. 3. Sed ſi hæc metalla poſt uſumfructum legatum ſint inventa, cum totius agri relinquatur uſusfructus, non partium: contineantur legato.*

Ulpianus cenſet, cum legatus eſt fundi uſusfructus, legatum intelligi non alicujus partis, ſed totius fundi, uſumfructum. proinde poſſe fructuarium fundo toto, atque omnibus ejus partibus, uti frui: denique, ſi lapidicinæ ſint, & lapidem cædere velit, vel cretifodinæ, vel arenæ, (Plinius *lib. 36. Nat. hiſtor. c. 36.* tria facit harenæ genera, foſſitiam, fluviatilem, & marinam) ait Ulpianus, omnibus his, velut partibus uſurum, exemplo boni patrisfamilias. Sed & ſi hæc metalla (generale id vocabulum eſt cujuſcumque rei quæ e terræ fodinis eruitur: ut in *l. 13. §. 5. D. eod. tit. l. 3. §. ult. D. de rebus eorum qui ſub tutela*, & alibi) poſt uſumfructum demum legatum ſint inventa, etiam ipſorum

uſumfructum, quaſi partium fundi, legato contineri. Et recte: niſi quis vereri poſſit, ne fructuarius, inſtitutis a ſe metallis, non videatur prædio ruſtico boni viri arbitratu uti frui; cum ea ad fundi culturam, remque ruſticam, parum pertineant. Sed non hoc periculum eſt. etſi enim proprie ad agriculturam non ſpectent metalla; patrifamilias tamen bono & diligenti, ſi in quo agro idonea eſſe poſſint, negligenda non eſſe, commode Varro opinatur *lib.* 1. *De re ruſtica c.* 4. verbis ſequentibus. *Sed neque lapidicinæ, neque arenariæ ad agriculturam pertinent, ſic figlinæ, neque ideo non in quo agro idoneæ poſſiut eſſe, non exercendæ, atque ex eis capiundi fructus.* Poteſt igitur fructuarius, ſi Ulpiano fides, vel vetera metalla exercere, vel nova inſtituere.

Nec tamen hoc ſemper ei concedi, Ulpianus opinatur *d. l.* 13. §. 5. *&* 6. *D. de uſufructu.* Verba Ulpiani, quia ad diligentius examen vocare conſtitui, apponam. Ea verba ſunt.

Inde eſt quæſitum, an lapidicinas vel cretifodinas, vel arenifodinas ipſe inſtituere poſſit? Et ego puto etiam ipſum inſtituere poſſe, ſi non agri partem neceſſariam huic rei occupaturus eſt. Proinde venas quoque lapidicinarum, & hujuſmodi metallorum inquirere poterit: ergo & auri, & argenti, & ſulphuris, & æris, & ferri, & cæterorum fodinas, vel quas paterfamilias inſtituit, exercere poterit, vel ipſe iuſtituere, ſi nihil agriculturæ nocebit. Et ſi forte iu hoc quod inſtituit, plus reditus ſit, quam in vineis, vel arbuſtis, vel olivetis quæ fuerunt: forſitan etiam hæc dejicere poterit, ſiquidem ei permittitur meliorare proprietatem. §. 6. *Si tamen, quæ inſtituit uſufructuarius, aut cælum corrumpant agri, aut magnum apparatum ſint deſideratura, opificum forte, vel legulorum, quæ nou poteſt ſuſtinère proprietarius: non videbitur viri boni arbitratu frui.*

Quid hic Ulpianus? primum ait, fructuario jus eſſe, lapidicinas, vel cretifodinas, inſtituere, ſi quæ in fundo idoneæ eſſe poſſint; etiamſi nullæ ſint a domino inſtitutæ: nec tamen hoc ſemper jus eſſe; ſed, *ſi non agri partem neceſſariam huic rei occupaturus eſt.* ſcilicet, quia aliter exiſtimantibus, non videretur fundo, ſalva ejus conditione, denique boni viri arbitratu, frui. Deinde hinc infert Ulpianus, quod poteſt quoque fructuarius venas lapidicinarum, & hujuſmodi metallorum inquirere. Præterea poteſt auri, & argenti, & ſulphuris, & æris, & ferri, & cæterorum fodinas exercere, ſi quas paterfamilias, id eſt, proprietarius, inſtituit. quod ſi is nullas exercuit; adhuc ipſe novas inſtituere poteſt: utique, *ſi nihil agriculturæ nocebit.* ſic enim rurſus definit Ulpianus; & hanc cauſam addit, quæ veriſſima eſt; quod ei permittitur meliorare proprietatem: dum (ſic opinor) ejus qualitatem non immutet: hoc vero non facit; ſi ex agricultura quæ fuit, nihil informet tollatve: ut, ſi neque vineas, neque arbuſta, neque oliveta, quæ fuerint, dejiciat. Quamquam hoc quoque caſu, ſi quæ inſtituat fructuarius, magnum apparatum ſint deſideratura, forte opificum, vel legulorum, quæ ſuſtinere nequeat proprietarius, non videtur Ulpiano, boni viri arbitratu uti frui. Idque convenit huic Veterum præcepto, apud Columellam, *lib.* 1. *De re ruſtica c.* 1. *Qui ſtudium agricolationi dederit, antiquiſſima ſciat hæc ſibi advocanda, prudentiam rei, facultatem impendendi, voluntatem agendi.* Idem eſſe, Ulpianus ait, ſi quæ inſtituit fructuarius, cœlum corrumpant agri. Nam & Varro *lib.* 1. *De re ruſtica c.* 5. *Utiliſſimus*, inquit, *is eſt ager, qui ſalubrior eſt, quam alii, quod ibi fructus certus, contraque in peſtilenti calamitas quamvis iu feraci agro colonum ad fructus pervenire non patitur. Etenim ubi ratio cum orco habetur, ibi non modo fructus eſt incertus, ſed etiam coleutium vita. Quare, ſi ſalubritas non eſt, cultura non aliud eſt, quam alea domini vitæ, ac rei familiaris.* Sic, ſi fructuarius, inſtitutis a ſe fodinis, nihil principaliter agriculturæ nocebit. An idem dicemus, ſi vineas, vel arbuſta, vel oliveta, quæ fuerunt, velit dejicere? ſed non puto. non enim dubito, quin agriculturæ ſic palam nociturus ſit. quod eum facere, non vult Ulpianus. Nam ad agriculturam omnia hæc pertinere, vel Cato oſtendit, *De re ruſtica c.* 1. *Prædium*, inquiens, *quod primum ſiet, ſi me rogabis, ſic dicam. De omuibus agris optimoque loco ſi emeris jugera agri centum, vinea eſt prima, ſi vino multo ſiet, ſecundo hortus irriguus, tertio ſalictum, quarto oletum, quinto pratum, ſexto campus frumentarius, ſeptimo ſilva cædua, octavo arbuſtum, nono glandaria ſilva.* Verum pone, e metallis majores ſperari reditus, quam e vineis, olivetis, aut arbuſtis. quid dicemus? dejecturum ea fructuarium? abſit. Atqui Ulpianus *d. l.* 13. §. 5. *D. de uſufructu*, *Et ſi forte*, inquit, *in hoc quod inſtituit, plus reditus ſit, quam in vineis, vel arbuſtis, vel olivetis quæ fuerunt: forſitan etiam hæc dejicere poterit.* Qui poteſt? ut enim prætercam, *ſpem* (auctore Seneca *epiſt.* x.) *incerti boni nomen eſſe:* quis niſi ſtultus, aut inſanus, vineas, vel arbuſta, vel oliveta, metallis mutet magnis præſertim impenſis, quas eæ fodinæ deſiderant, niſi ex his majores ſperet reditus, quam ex vineis, arbuſtis, aut olivetis? nemo unus. non enim fodinæ ad amœnitatem, in quam impenſæ etiam ſtultæ & inanes plerumque fiunt, ſed totæ ad utilitatem, referuntur. Ulpianus tamen non patitur, fructuarium metalla inſtituere, niſi ſi non ſit neceſſariam agri partem huic rei occupaturus, neque agriculturæ nociturus. Igitur, ſi ad Ulpianum ſpectamus, non debet fructuarius, quo ex metallis majo-

res

res inveniat reditus: quam ex agricultura, vel vineas, vel arbuſta, vel oliveta, dejicere: quia non debet metalla inſtituere ſpe majoris utilitatis; niſi his non ſit neceſſariam agri partem occupaturus, nec agriculturæ nociturus. Et, ſi rem putamus, quod fructuario jus eſt, conſtituto ei non dominio quod fructu libero atque infinito cenſetur, ſed uſufructu, hoc eſt, fructu qui uſu coërcetur, & ideo proprietarii modo ac rei conditione circumſcribitur, ut de domini utilitate, eo invito, diſponat; & alieni fundi uſum alium faciat, quam ei dominus conceſſit? Atque hoc Neratius in domus uſufructu indigitat *l.* 44. *D. de uſufructu*: nec is tantum, ſed Ulpianus quoque *l.* 7. §. *ult.* & *l.* 1. *D. eod. tit.* Adeo, quoties de fructuarii jure diſputatur, numquam quæritur, quantos percipiat fructus, ſed an eos quos percipit, ad rei conditionem percipiat. An aliud agit Ulpianus *l.* 13. §. *ult. D. eod. tit*; cum ait, ſi domus uſusfructus legatus ſit, fructuarium illic meritoria facere non debere; nec domum per cœnacula dividere; nec balneum ibi facere; & ſi balneum ſit in domo, uſibus dominicis ſolitum vacare, non recte, nec ex boni viri arbitratu, facturum, ſi id locare cœperit, ut publice lavet? Sed res certa; & ſubjicit Paulus *l.* 14. *D. eod. tit. Licet multo minus ex ea re fructum percipiat.*

Scio, Dionyſium Gothofredum, V. CL. *ad d. l.* 13. §. 5. *lit. E.* exiſtimare, domum a fundo ſeparandam eſſe: & ſi quidem fundi uſusfructus ſit; eum a fructuario vel formæ mutatione meliorem fieri poſſe: ſi domus; non poſſe: alteroque caſu annonæ utilitati, altero urbis decori adverſus ruinas, conſuli. Sed ea Gothofredi ſententia minime vera eſt. Primum enim quod periculum eſt, ne urbs ruinis deformetur; ſi fructuarius ædium parietibus qui rudes eſſent, novum tectorium, id eſt, novam incruſtationem, velit imponere? Negat tamen Neratius, facturum id ſuo jure fructuarium *d. l.* 44. *D. de uſufructu.* Sed & ſi balneum in intima domo ſolitum ſit vacare dominicis uſibus, atque id locare cœperit fructuarius, ut publice lavet; aut ſi in domo diverſoria, vel alia meritoria, facere velit: quis metuat, ne ſic ruina deformetur urbis dignitas? Tamen hæc & ſimilia fructuario concedenda eſſe, Ulpianus negat *d. l.* 13. §. *ult.* nec aliam ob cauſam, quam quod non recte, nec ex boni viri arbitratu, facturus ſit. Non igitur placet Gothofredi ſententia, quantum attinet ad urbana prædia. Nec felicior eſt circa ruſtica. Quid enim annonæ cum lapidicinis aut metallis de quibus loquitur Ulpianus *d. l.* 13. §. 5. cum præſertim non hic quærat Ulpianus, utrum lapidicinæ, aut metallifodinæ, a fructuario poſſint converti in agros fertiles; ſed an vineæ, vel arbuſta, vel oliveta, poſſint a fructuario dejici, ut venas lapidicinarum & hujuſmodi metallorum inquirat. Qua in re tantum abeſt, ut annonæ favor vertatur, ut e contrario quæratur, an agriculturæ nocere poſſit fructuarius lapidicinis & metallifodinis inſtitutis; modo ſi ex his majores reditus, quam ex vineis, arbuſtis, vel olivetis, denique ex agricultura, ſperare poſſit. Non igitur probari poteſt Gothofredi ſententia: verumque eſt, fructuarium neque a domus, neque a fundi, conditione recedere poſſe; ſive deteriorem, ſive meliorem, utilioremque, domum aut fundum facere velit. Nec jam verbis opus. id ipſius teſtimonio Ulpiani intelligitur: cum §. 4. *d. l.* 13. hoc eſt, eo in loco ex quo in §. 5. inſequente deinde ad metallifodinas, lapidicinaſque, illationem facit, ſic ſcribit. *Si forte voluptare fuit prædium, viridaria, vel geſtationes, vel deambulationes, arboribus infructuoſis opacas atque amœnas habens, non debet dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid quod ad reditum ſpectet.* Poſtremo nec hoc omittam, quod Ulpianus §. 6. *ejuſdem capitis*, id eſt, hoc ipſo in loco quo de agitur, ſcribit, fructuarium, ſi inſtituat metalla quæ aut agri cœlum corrumpant, aut majorem apparatum ſint deſideratura, quam ſuſtinere poſſit proprietarius; non videri boni viri arbitratu frui. Hoc enim quo pertinet? niſi ut probet, eum, quamvis ex metallis majores, quam ex agricultura, reditus ſit percepturus, tamen agriculturæ quam invenit, conditionem mutare non poſſe.

Hæc, inquies, quo pergunt? nempe, ut oſtendam, hunc verſum qui eſt §. 5. *d. l.* 13.

> *Et ſi forte in hoc quod inſtituit, plus reditus ſit, quam in vineis, vel arbuſtis, vel olivetis quæ fuerunt, forſitan etiam hæc dejicere poterit.*

male miſceri Ulpiani verbis; cum ſit alicujus Interpretis, Veteris quidem, ſed qui neque ad Ulpiani mentem, neque ad juris rationem, attendit; & ſequentia Ulpiani verba, *Siquidem ei permittitur meliorare proprietatem*, inconſideratius explicuit. An cui probabile ſit, Ulpianum, id eſt, hominem doctum, gravem, ac ſapientem, in re minime controverſa, ſcripſiſſe ſecum & cum Civili Jure tam manifeſte pugnantia? mihi non videtur. Nec tamen ignoro, eum verſum etiam apud Græcos extare, *Baſilic. lib.* 16. *tit.* 1. *tom.* 2. *pag.* 250. Sed id non alio pertinet, quam ut appareat, eo jam olim deformatum fuiſſe Ulpianum. igitur quamquam hunc Græci quoque indigitent, tamen ne Ulpiano ſomnus, ne quid gravius dicam, ſurrepſiſſe videatur, ego eum interpolatione tam ſeditioſa & male cohærente liberandum cenſeo. Quo autem clarior fiat Ulpianeæ forma diſſertationis, uno conſpectu integram exhibebo, conjunctis verbis §. 4. 5. & 6. *d. l.* 13.

§. 4. *Fructuarius cauſam proprietatis deteriorem facere non debet: meliorem facere poteſt.*

† Et aut fundi eſt uſusfructus legatus, & non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis. † Et ſi forte voluptare (ſic lego) fuit prædium, viridaria vel geſtationes vel deambulationes arboribus infructuoſis opacas atque amœnas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum ſpectat. §. 5. Inde eſt quæſitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipſe inſtituere poſſit? Et [ego] puto etiam ipſum inſtituere poſſe, ſi non agri partem neceſſariam huic rei occupaturus eſt. † Proinde venas quoque lapidicinarum, & hujuſmodi metallorum inquirere poterit. Ergo & auri, & argenti, & ſulphuris, & æris & ferri, & cæterorum fodinas, vel quas paterfamilias inſtituit, exercere poterit, vel ipſe inſtituere, ſi nihil agriculturæ nocebit, ſiquidem ei permittitur meliorare proprietatem. §. 6. Si tamen, quæ inſtituit uſufructuarius, aut cœlum corrumpant agri, aut magnum apparatum ſint deſideratura, opificum forte, vel legulorum, quæ non poteſt ſuſtinere proprietarius: non videbitur boni viri arbitratu frui.*

* Et ſi forte in hoc, quod inſtituit, plus reditus ſit, quam in vineis, vel arbuſtis, vel olivetis, quæ fuerunt: forſitan etiam hæc dejicere poterit.

CAPUT X.

An fructuarius, legato fundi uſufructu, ex venatione vel aucupio habeat quæſtum reditumve, ſi quæ in fundo ſint vivaria aut ornithones? Et quiſnam ille quæſtus & reditus ſit? Quid, ſi venationes aut aucupia ſint in fundo non circumſepto? Fructus pro ferarum fætibus. Exercere feras, quid? Tryphoninus extricatus l. 62. pr. & §. 1. D. de uſufructu.

Si cui legatus ſit fructus fundi, in quo ſint venationes, aut aucupia; ſatis pulchræ quæſtionis eſt, an & quemadmodum illorum quæſtus aut reditus ad fructuarium ſpectet? Nam quidquid in fundo naſcitur, vel ex fundo percipi poteſt, ipſius demum fructus eſt *l. 9. D. de uſufructu*; feræ autem & aves quæ in fundo ſunt, neque naſcuntur ex fundo, neque ex fundo percipiuntur: quippe quum nihil, niſi quod terra ſe tenet, fundi ſit *l. 15. l. 16. & 17. D. de actionibus empti & venditi. l. 21. D. de inſtructo vel inſtrumento legato.* Non igitur feræ, aveſque, venatione aut aucupio captæ a fructuario, ejus fiunt jure uſusfructus. Quamquam quia nullius ſunt, quamdiu naturali libertate fruuntur, non abſurde dicatur, fructuarium feram aut avem, ſi quam capiat in ſaltibus vel montibus poſſeſſionis cujus uſumfructum habet, ſuam facere gentium jure. poſſet enim in ſaltibus vel montibus venari, etſi non haberet fundi uſumfructum; niſi a domino prohiberetur, fundum ingredi venandi gratia *l. 3. §. 1. D. de adquirendo rerum dominio*. quid ni igitur poſſit, cum uſumfructum habet; per eumque accepit jus ingrediendi fundum, etiam invito domino?

Cæterum, ſi in fundo ſint vivaria quæ A. Gellius, *lib. 2. Noctium Atticarum c. 20.* interpretatur ſepta loca in quibus feræ vivæ paſcuntur; aut ornithones quæ eidem Gellio ex Varrone, *lib. 3. De re ruſtica c. 2.* ſunt omnium alitum quæ intra parietes villæ ſolent paſci: puto, quia ad hoc habetur fundus, ut ex venatione, aut aucupio, fructus aut reditus percipiatur, auctore Varrone *d. lib. 3. c. 1. & ſeqq.* magis eſſe, ut quæſtus qui ex feris aut avibus percipi poteſt, in fructu ſit *l. 26. D. de uſuris*; denique fructuarii fiat jure uſusfructus *l. 9. §. 5. D. de uſufructu:* quippe jam feræ & aves quæ ſeptis aut ornithonibus incluſæ ſint a fundi domino, domini fundi ſunt *l. 3. §. 14. & 15. D. de adquirenda poſſeſſione*; & quamvis non ſint fundi, tamen in fundi inſtrumento habentur *l. 10. l. 11. l. 12. §. 12. & 13. D. de inſtructo vel inſtrumento legato*, cujus inſtrumenti uſusfructus, niſi contraria ſit teſtatoris voluntas, ad fundi fructuarium pertinet *l. 15. §. 6. D. de uſufructu.*

Atque huc tendit Tryphoninus *l. 62. pr. & §. 1. D. de uſufructu*; ſed quia obſcuriore via, quam forte res velit, dabo operam, ut ei aliquam affundam lucem; & quæſtionem curioſæ definitionis paulo diſtinctius explicem. Verba Tryphonini.

Uſufructuarium venari in ſaltibus vel montibus poſſeſſionis probe dicitur: nec aprum vel cervum quem ceperit, proprium domini capit. ſed fructus aut jure [civili] aut gentium ſuos facit. §. 1. Si vivariis incluſæ feræ in ea poſſeſſione cuſtodiebantur, quando uſusfructus cœpit, num exercere eas fructuarius poſſit, occidere non poſſit? alias, ſi quas initio incluſerit operis ſuis, vel [poſt] ſibimet ipſæ inciderint, delapſæve fuerint, hæ fructuarii juris ſint? commodiſſime tamen, ne per ſingula animalia facultatis fructuarii, propter diſcretionem difficilem, jus incertum ſit, ſufficit eundem numerum per ſingula quoque genera ferarum, finito uſufructu, domino proprietatis adſignare, qui fuit cœpti uſusfructus tempore.

Quia Tryphoninus meminit *ſaltuum vel montium*

tium poſſeſſionis, obiter dicam, quod *ſaltum* Gallus Ælius, *libro ſignificationum quæ ad jus pertinent*, apud Feſtum ſic definit. *Saltus eſt, ubi ſilvæ & paſtiones ſunt, quarum cauſa caſæ quoque. Si qua particula in eo ſaltu paſtorum aut cuſtodum cauſa aratur, ea res non peremit nomen ſaltus.* Dixi, quid ſit *ſaltus*. nunc reliqua perſequar. Tryphoninus ſignificat, uſufructuarium in ſaltibus vel montibus poſſeſſionis, id eſt, in ſaltibus vel montibus fundi, cujus uſumfructum habet, ſive ibi vivarium ſit, ſive non ſit, venari poſſe: ac, ſi quem aprum aut cervum capiat, non proprium domini, id eſt, non utique, ſive non ſemper, proprium domini capere. nam ſi vivarium non ſit in poſſeſſione; aprum aut cervum, qui in ejus montibus aut ſaltibus non circumſeptis paſcatur, nullius eſſe; captumque a fructuario, ejus fieri, non uſusfructus, ſeu civili, ſed gentium jure. quod ſi vivarium eo in fundo ſit; in eoque vivario feram a domino incluſam capiat fructuarius: propriam domini capere; & captam neque civili, neque gentium, jure ſuam facere: tantum illi jus eſſe, ea, quaſi fundi inſtrumento, uti frui, ſalva ſubſtantia. Dixi de fera quæ nullius, etiam de ea quæ proprietarii, ſit. Nunc de utriuſque fœtu videndum. de eo ſic Tryphoninus. *Sed fructus aut jure civili aut gentium ſuos facit.* Tryphoninus *fructus* pro *fœtu* accipit. quomodo Manilius *lib.* 4. utitur, ita de ariete loquens,

In jugulumque dabit fructus, & mille per artes
Vellera, diverſos ex ſe parientia quæſtus.

Sed & Gajus *l.* 28. *D. de uſuris*, *In pecudum*, inquiens, *fructu etiam fœtus eſt: ſicuti lac, pilus, & lana.* Apud Varronem quoque *lib.* 3. *De re ruſtica c.* 2. ſic extat, *In plano cohors in qua paſcebantur gallinæ, & earum fructus erant ova, & pulli.* Diſtinguit igitur Tryphoninus feram a fructu, id eſt, ab ejus fœtu: & vult, quamquam fera fructuarii non fiat occupatione, niſi cum nullius eſt, ut ſi vivario incluſa non ſit: ejus tamen fœtum occupatione ſemper fructuarii fieri vel gentium, vel civili, jure: & gentium quidem; ſi ipſa fera, id eſt, mater, nullius fuerit, fundo non circumſepto: civili vero; ſi ea domini ſit, ab eoque in fundi inſtrumento habeatur. Quæſo, cur ita? quia hoc caſu fœtus, etſi ipſe quoque domini ſit *l.* 2. *D. de adquirendo rerum dominio*, tamen ſi a fructuario capiatur, ex fundi inſtrumento, quaſi ejus fructus, domini voluntate, id eſt, jure uſusfructus, percipitur. Finge; (quod eſt exemplum §. 1. *d. l.* 62.) vivaria ſunt in poſſeſſione; & cum cœpit uſusfructus, his incluſæ feræ, puta, apri, vel cætera ſilveſtria animalia, in poſſeſſione cuſtodiebantur: (pro Veterum more de quo M. Varro, etiam A. Gellius, *dd. locc.* & Plinius *lib.* 8. *Natur. hiſtor. c.* 52.) quærit Tryphoninus, utrum fructuarius eas exercere quidem poſſit, occidere autem non poſſit? Ea quæſtio his Tryphonini verbis continetur, *Num exercere eas fructuarius poſſit, occidere non poſſit?* Sed, quod addendum, inhæret huic quæſtioni tacita reſponſio; etſi non appareat palam: uſitata Veteribus ratione quam obſervat Quintilianus, *lib.* 9. *Inſt. Orat. c.* 2. & nos alibi indicamus. ſenſus Tryphonini: Si, cum cœpit uſusfructus, vivariis incluſæ feræ, in ea poſſeſſione cuſtodiebantur: poterit quidem fructuarius eas exercere; ſed non poterit occidere. *Exercere* autem *feras* quid ſit, nondum (quantum ſcio) extricarunt præclari Juris Interpretes. Sunt qui *exercere feras* ſic accipiant apud Tryphoninum, quaſi ſignificet, *feras venari*. Accurſius exponit, *cum feris ludere*: eamque ſententiam ſequitur Vir Clariſſimus, A. Dadinus Alteſerra, ad Tryphonini *lib.* 7. *Diſputationum*, in expoſitione *d. l.* 62. nam *feras exercere* interpretatur, *eas dumtaxat agitare delectationis cauſa*. Sed non hæc egit Tryphoninus. dixit is, fructuarium *feras exercere*, pro feras habere ex quibus quæſtum capiat, ſalva earum ſubſtantia. Quo ſenſu Ulpianus in *l.* 4. §. 2. *D. de edendo*, *Labeo*, inquit, *ſcribit, patrem non cogendum* (edere): *niſi ſciente eo argentaria exercetur. Sed recte Sabinus reſpondit, tunc id admittendum, cum patri* quæſtum *refert*. Similiter ait Ulpianus, *navem, cauponam, ſtabulum*, exerceri *l.* 1. §. 2. & 5. *D. Nautæ, caupones, ſtabularii*; cum navis, caupona, aut ſtabulum, habentur, ut ex his quæſtus percipiatur. *Et* exercitorem *eſſe ad quem* obventiones omnes & reditus *perveniunt; ſive is dominus navis ſit, ſive*, & reliqua *l.* 1. §. 15. *D. de exercitoria actione.* Eodem ſenſu ait, fructuarium & auri, & argenti, & ſulphuris, & æris, & ferri, *fodinas exercere l.* 13. §. 5. *D. de uſufructu*; cum ex his reditum habet. Sed &, *Inſtrumentum eſſe apparatum rerum diutius manſurarum ſine quibus exerceri nequiret poſſeſſio l.* 12. *D. de inſtructo & inſtrumento legato*: id eſt, ſine quibus fructus ex poſſeſſione percipi nequiret. Similiter Nonius *c.* 4. *De varia ſignificatione ſermonum*, hoc *exercere*, in eo Virgilii, *lib.* 1. *Georgic. Exercetque frequens tellurem atque imperat arvis*, exponit, In meliorem uſum & fructum formare. Igitur ſi, cum cœpit uſusfructus, feræ vivariis incluſæ, in ea poſſeſſione, ſeu eo in fundo, cuſtodiebantur; ait Tryphoninus, fructuario quidem jus eſſe, eas exercere, id eſt, ad reditum, habere; ſed non occidere. Quod ſi eſt: poteſt fructuarius ex feris quas a domino incluſas reperit, fœtus percipere, quos occidat vel ad epulas ſuas, vel ut macello vendat, quaſi earum fructus, ſeu reditus: ſed non poteſt ipſas quoque feras, a domino incluſas, occidere; ſive velit eas ſuis lautitiis, ſive macello, inſervire. Atqui utrumque domini proprietatis jus eſt. Scio; & docuit me Varro *dd. locc.* Etiam Columella, *De re ruſtica lib.* 9. *c.* 1. ſequentibus verbis,

bis, *Feræ pecudes, ut capreoli, damæque, nec minus orygum, cervorumque genera & aprorum modo lautitiis ac voluptatibus dominorum ſerviunt, modo quæſtui ac reditibus.* Idem in Præfatione ejuſdem libri. *Mos antiquus lepuſculis capreiſque ac ſimilibus feris juxta villam plerumque ſubjecta dominicis habitationibus ponebat vivaria, ut & conſpectu ſuo clauſa venatio poſſidentis oblectaret oculos, & cum exegiſſet uſus epularum, velut e cella promerentur.* Sed non quod domini proprietatis jus eſt, etiam hic fructuarii jus eſſe, inſtrumenti uſusfructus patitur. Igitur ſi, cum cœpit uſusfructus, feræ vivariis incluſæ, in ea poſſeſſione cuſtodiebantur, poteſt eas fructuarius exercere, id eſt, ad reditum & quæſtum habere: occidere non poterit. Quid, ſi quas ipſe initio operis ſuis incluſit, vel ſi quæ ſua ſponte inciderint, delapſæve fuerint? ait Tryphoninus, has fructuarii juris, id eſt, dominii fructuarii, fore. Et recte: nam ante nullius fuerunt; vivario autem incluſæ a fructuario, ab eo & poſſideri, & adquiri, intelliguntur *l.* 3. §. 14. *D. de adquirenda poſſeſſione.* Poſſunt igitur ab eo non tantum exerceri, hoc eſt, ad fœtus generationem, ſive ad fructum & reditum haberi; ſed etiam occidi in uſum epularum aut macelli jure dominii. Cæterum, quia difficilis fuerit diſcretionis, quæ animalia ex ſingulis generibus in vivariis fuerint conſtituti uſusfructus tempore, & quæ deinde ex his nata, aut fructuarii operis in ea dilapſa ſint; eaque obſcuritate facile incertum, ac prope inutile, fiat jus uſusfructus: eam ob cauſam putat Tryphoninus, huc decurri oportere, ut fructuarius aliquo juvetur temperamento adverſus Juris ſubtilitatem. Id temperamentum ſive Eurematicum his ejus verbis continetur. *Commodiſſime tamen, ne per ſingula animalia facultatis fructuarii, propter diſcretionem difficilem, jus incertum ſit, ſufficit eundem numerum per ſingula quoque genera ferarum, finito uſufructu, domino proprietatis adſignare, qui fuit cœpti uſusfructus tempore.* Tryphoninus ſignificat, fructuarium, ne ob difficilem diſcretionem, utrum animalia ante conſtitutum uſumfructum jam in vivariis fuerint, an poſt demum in ea illapſa, ibive nata, fuerint, jure ſuo uti impediatur, poſſe & hæc & illa occidere: modo ſi domino proprietatis, finito uſufructu, per ſingula quæque ferarum genera eundem adſignet numerum, qui fuit tempore cœpti uſusfructus. Quod ſane æquum eſt. ſed neque inſolens noſtris eſt, propter difficilem diſcretionem, quid indulgere quod alioquin non eſſet licitum. Id tamen quia ab Accurſio obſervatum eſt, non agam actum.

CAPUT XI.

Lacus & ſtagna clauſa non diſtingui a piſcinis, neque ſilvas circumſeptas a vivariis, ſive leporariis. Vindicata Franciſci Hotmani V. CL. emendatio in l. 3. §. 14. D. de adquirenda poſſeſſione, improbata Accurſii, Jacobi Cujacii, Hugonis Grotii, aliorumque Clariſſimorum Virorum, ſententia.

Quia ſuperiore capite feci mentionem *l.* 3. §. 14. *D. de adquirenda poſſeſſione*; non intempeſtivum fuerit, ne quæ ſuperſit eo in loco difficultas, monere, eum corrupte circumferri in omnibus codicibus, & a Franciſco Hotmano, V. CL. *lib.* 8. *Obſerv. c.* 7. ſic optime reſtitui. *Feras beſtias, quas* vivariis incluſerimus, *& piſces quos in* piſcinas *conjecerimus, a nobis poſſideri. Sed eos piſces qui in* ſtagno *ſint, aut feras quæ in* ſilvis non circumſeptis *vagantur, a nobis non poſſideri: quoniam relictæ ſint in libertate naturali: alioquin etiam ſi quis ſilvam emerit, videri eum omnes feras poſſidere. quod falſum eſt.* Vulgo ſcribitur, *in ſilvis circumſeptis*; eamque ſcripturam, ne de aliis dicam, ſequutus Jacobus Cujacius, *lib.* 4. *Obſerv. c.* 2. Sed veriſſime legit Hotmanus, *in ſilvis non circumſeptis*: præfatus, quod Paulus *d. l.* 3. §. 14. piſces qui piſcinis incluſi ſunt, his qui in ſtagno ſunt, opponit; ſicut feras quæ vivariis coërcentur, opponit iis quæ in ſilvis non circumſeptis vagantur. Quod probo: idemque recte affirmat, etſi non allegato Hotmano, Dionyſius Gothofredus, *Notis ad d. l.* 3. §. 14. Quid enim ſunt piſcinæ, niſi lacus & ſtagna clauſa in quibus vivi piſces paſcuntur? A. Gellium audi *d. lib.* 2. *Noct. Attic. c.* 20. *Lacus & ſtagna quæ piſcibus vivis coërcentur clauſa, ſuo atque proprio nomine piſcinas nominaverunt.* Quid *vivaria*, niſi ſepta, ſive ſint ſilvæ circumſeptæ, ſive quæ alia circumſepta loca, in quibus feræ vivæ paſcuntur? Idem Gellius *d. loc. Vivaria quæ nunc dicuntur ſepta quædam loca in quibus feræ vivæ paſcuntur, M. Varro in libro de re ruſtica tertio dicit leporaria appellari.* Inde *ſeptum* pro *leporario*, ſive *vivario*, apud Varronem *d. lib.* 3. *c.* 11. & 12. Sat ſcio, dices, vivaria a ſilvis circumſeptis ſpatio diſtingui: vivaria enim eſſe parvi ſpatii; ſilvas circumſeptas majoris. atque ita Accurſius definit, *Gloſſ. ad d. l.* 3. §. 14. *lit.* X. nec quiſquam, quantum memini, Accurſio hactenus reſpondit: imo plerique ei aſſentiuntur; in quibus & Hugo Grotius, V. CL. *lib.* 2. *De jure belli & pacis c.* 8. §. 2. Sed, quod multa eorum pace dixerim, qui ſic ſentiunt, errant toto cœlo. Clare Varro *d. lib.* 3. *cap.* 2. *Sic in ſecunda parte, ac leporario pater tuus, Axi, præterquam lepuſculum e venatione vidit* nun-

nunquam. Neque enim erat magnum id ſeptum, quod nunc ut habeant multos apros, ac capras, complura jugera maceriis concludunt. Et clarius *c.* XII. *ejuſdem libri* de Q. Hortenſii leporario. *Sylva erat (ut dicebat) ſupra quinquaginta jugerum maceria ſepta, quod non leporarium, ſed* θηριοτροφεῖον *appellabat.* Rurſus *c.* XI. *Ac nomine antiquo a parte quadam leporarium appellatum. Nam neque ſolum lepores in ea includuntur ſylva, ut olim in jugero agelli aut duobus, ſed etiam cervi, aut capreæ in jugeribus multis. Q. Fulvius leporarium dicitur habere in Tarquinienſi ſeptum jugerum XL. in quo ſunt incluſa non ſolum ea quæ dixi, ſed etiam oves feræ, etiam hoc majus in ſtatonenſi, & quidam in locis aliis. In Gallia vero tranſalpina T. Pompejus tantum ſeptum venationis, ut circiter triginta millium paſſuum locum incluſum habeat.*

CAPUT XII.

Neratii locus ſane difficilis qui eſt in l. 61. pr. & §. 1. D. de uſufructu, expeditus.

Quæſo, quid ſignificat Neratius *l.* 61. *pr. &* §. 1. *D. de uſufructu?* cum ſic ſcribit.

Uſufructuarius novum rivum parietibus non poteſt imponere. §. 1. *Edificium inchoatum fructuarium conſummare non poſſe placet; etiamſi eo loco aliter uti non poſſit. ſed nec ejus quidem uſumfructum eſſe: niſi in conſtituendo vel legando uſufructu hoc ſpecialiter adjectum ſit, ut utrumque ei liceat.*

Obſcurus eſt loci ſenſus: ſed clarior fiet, formata totius capitis & ſpecie, & quæſtione. Species hæc eſt. Legatus eſt uſusfructus non ædificii, nec fundi; ſed domus vel ædium. Duo quæruntur: primum, an fructuarius poſſit novum rivum imponere ædium parietibus? deinde, an poſſit ædificium inchoatum conſummare: maxime, ſi eo loco, id eſt, eo ædificio, (*loci* enim appellatio non ſolum ad ruſtica, ſed ad urbana quoque, prædia pertinet *l.* 60. §. 1. *D. de verborum ſignificatione*) aliter uti non poſſit? Quod ad primam quæſtionem attinet: ait Neratius, fructuarium non poſſe parietibus novum rivum imponere. *Novum*, inquam, *rivum:* ſic enim in *d. l.* 61. recte legi, animadvertit Franciſcus Hotmanus, *lib.* 2. *Amicabil. reſponſ. c.* 36. etſi Jacobus Cujacius *lib.* 1. *Obſerv. c.* 36. ex conjunctione *l.* 44. *D. eod. tit.* malit, *novum tectorium*; idque placeat Jacobo Labitto, *Indicis ſui uſu tertio, n.* 5. Solere enim Veteres (quæ eorum luxuria fuit) augendæ amœnitati ædium parietibus imponere rivos aquæ fluentis, veriſſime tradidit Emundus Merillius, *lib.* 3. *Variantium ex Cujacio c.* 1. ſequente Manilii teſtimonio ex *lib.* 4. *Aſtronomicon.*

— — — Undas inducere tectis,
Ipſaque converſis aſpergere fluctibus aſtra,
Littoribuſque novis per luxum ludere ponto,
Et varios fabricare lacus, & flumina ficta,
Et peregrinantes domibus ſuſpendere rivos.

Cui de meo addam hoc ex Sidonio Apollinari, *Carm.* 22. *verſ.* 307.

Alta volubilibus patet hinc cœnatio valvis
Fuſilis euripus propter. cadit unda ſuperne.
Ante fores pendente lacu, venamque ſecuti
Undoſa inveniunt nantes cœnacula piſces.

Sed nec aliam cauſam habent quæ de derivatis in domos rivis & fluminibus jam olim tradidi *lib.* 1. *Probabilium c.* 3. Tantum de priore quæſtione.

Quod ad alteram attinet: placet Neratio, fructuarium non poſſe ædificium inchoatum conſummare; etiamſi eo loco, ſive eo ædificio, aliter uti nequeat. An vere? ambigi poteſt: quia conſtituto uſufructu, intelligitur fructuario dari omne ſine quo ipſe uti frui nequeat *l.* 1. §. 1. *& ſeqq. D. Si uſusfructus petetur:* ac, ſi cui datus ſit fundi uſusfructus, in quo neceſſarium ad percipiendos fructus ſit ædificium, poſſe ab eo poni ædificium, Ulpianus ait *l.* 13. §. 6. *D. de uſufructu.* Quod ſi eſt: quid ni dicemus, ſi teſtator ædificium inchoavit, & fructuarius eo, niſi conſummato, uti nequeat, poſſe eum ædificium ſuo jure conſummare? Atque ita foret; ſi nominatim legatus eſſet ædificii uſusfructus; idque, niſi conſummatum, non reciperet uſumfructum: ſicut in *d. l.* 13. §. 6. nominatim datus erat uſusfructus fundi in quo neceſſarium ad percipiendos fructus erat ædificium. Sed Neratii ſermo in §. 1. *d. l.* 61. eſt de uſufructu non ædificii, nec fundi, ſed domus, ſeu ædium. plurimum autem intereſt inter ædificium & ædes ſeu domum. & bene, quod ſufficit, ſi fructuarius domo uti poſſit; quamquam ædificio quod domui addi cœperit, uti nequeat. Finge, ut exemplo rem demonſtrem, teſtatorem domum habere; cœpiſſe ei jungere ædificium, balneum, verbi gratia, vel ſimile; nec abſolviſſe. finge, legaſſe Titio domus aut ædium uſumfructum. an Titius poterit abſolvere ædificium a teſtatore inchoatum? non poterit; etſi eo loco, id eſt, ut dixi, eo ædificio, aliter uti nequeat: quia ei non ejus ædificii, ſed domus, uſusfructus datus eſt. Sufficit igitur, ſi domo uti poſſit; etſi eo loco, id eſt, eo balneo, ſive eo ædificio, uti non poſſit: quia uſumfructum non ejus, ſed domus, accepit. Atque hoc eſſe opinor, quod Neratius ait, *Sed nec ejus quidem uſumfructum eſſe.* Si tamen teſtator in conſtituendo uſufructu fructuario nominatim dedit conſummandi ædificii poteſtatem; dubium non eſt, quin conſummare poſſit: ſicut poterit quoque novum rivum parietibus imponere; ſi in conſtituendo uſufructu hoc ſpecialiter adjectum ſit. Et id

puto

puto poſtrema velle Neratii verba, *Niſi in conſtituendo vel legando uſufructu hoc ſpecialiter adjectum ſit, ut utrumque ei liceat.* Nam verbum hoc, *utrumque*, & ad novum rivum parietibus imponendum, & ad ædificii conſummationem, reſpicit. Expoſui difficillimum Neratii locum. Niſi probanda adhuc diſtinctio quam dixi Veteres feciſſe inter *ædes* & *ædificium.* Eam diſtinctionem probat Livius *lib.* 38. *c.* 38. ſequentibus verbis, *Rhodiorum ſociorumve quæ* ædes ædificiaque *intra fines regni Antiochi ſunt.* Sed & Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. de uſufructu*, ſic ſcribens, *Rei ſoli, ut puta* ædium *uſufructu legato, quicunque reditus eſt, ad uſufructuarium pertinet: quæcunque obventiones ſunt ex* ædificiis, *ex areis, & cæteris, quæcunque* ædium *ſunt..* Et *l.* 41. §. 8. *D. de legatis lib.* 1. Verba ejus *Hoc Senatuſconſultum non tantum ad* ædes, *ſed & ad balinea vel aliud quod* ædificium, *vel porticus ſine ædibus, vel tabernas, vel popinas extenditur.* Labeo quoque *l.* 31. *D. de legatis lib.* 3. *Si cui* ædes *legatæ ſint, is omne habebit id* ædificium, *quod ſolum earum* ædium *erit.* Rurſus Ulpianus *l.* 15. §. 13. *D. de damno infecto. Si tam ampla* domus *ſit, ut & ſpatia inter vitioſam partem intercedant, & eam quæ vitium non facit: dicendum, in eam ſolam partem mitti. ſi vero unita ſit centextu* ædificiorum: *in totam.* & reliqua.

CAPUT XIII.

Voluſius Mæcianus l. 9. D. de lege Rhodia de jactu emendatus, Æthalia *pro* Italia *ſubſtituta.*

Exſtat apud Voluſium Mæcianum *l. 9. D. de lege Rhodia de jactu* Græca Eudæmonis Nicomedienſis ad Imperatorem Antoninum Deprecatio: in qua complura ſunt eruditis hominibus moleſta: ſed unum eos maxime urit, quod is queritur, ſe naufragium in Italia facientem, eſſe direptum a Publicanis inſulas Cyclades habitantibus. Cum enim contemplantibus orbis ſitum, immane porrigatur ſpatium inter Cyclades inſulas & Italiam; ſive de Supero, ſive de Infero agatur mari; profecto jure ambigitur, quo pacto potuerit Eudæmon, cum in Italia faceret naufragium, in Cycladibus inſulis ſpoliari a Publicanis, vel, ut alii vertunt, a ſervis publicis. Igitur plerique huc devenere, ut in vitio cubare illam Eudæmonis Deprecationem exiſtimarent: aliis pro, ἐν τῇ ἰταλίᾳ, ἐν τῇ τηλίᾳ, aliis ἐν ἀτταλίᾳ, aliis ἐν ἰκαρίᾳ, aliis ἐν παραλίᾳ, ſcribentibus. Ac quamquam neque *Telia*, neque *Attalia*, mihi arrideant, minuſque ſapiat ἐν τῇ παραλίᾳ; fuit tamen, cum non ſpernenda mihi videretur ſententia Hugonis Grotii, Jacobi Gothofredi, Johannis Strauchii, aliorumque Clariſſimorum Virorum, pro *Italia* ſubſtituentium *Icariam:* quia eam inſulam ſuadebat & loci, & literarum, affinitas nec abſurde dici putabam, in Icaria fieri naufragium quod in mari Icariæ proximo contingeret. ſunt enim in mundo teſtimonia quibus hæc Veterum locutio ſatis abundeque adſtruatur: ac jam viſum Ampliſſimis, Clariſſimiſque Viris, Cornelio van Bynckershoeck, in Suprema Hollandiæ, Friſiæ, ac Zelandiæ Curia Senatori, *lib. ſing. ad L.* ἀξίωσις IX. *De lege Rhodia de jactu c.* 3. & Jacobo Perizonio, Collegæ meo, Notis *ad Ælianum, lib.* 2. *c.* 25. *pag.* 112. complura cum erudito orbe exempla communicare. Sed nunc aliud mihi occurrit, niſi fallor, longe veriſimilius: quod ſi peritioribus æque probabitur, forſan inventa erat Mæciani ſcriptura quam huc uſque quæſivere felicia ingenia. Puto, Eudæmonem feciſſe naufragium non in Italia, id eſt, non in mari Italiæ vicino; ſed in Æthalia, ſive in mari Æthaliæ proximo: atque id verbum Mæciano reſtituendum. Cauſam huic conjecturæ (cui, ſi mutandum quid ſit, & ſe ſubſcripturum, cum mihi nuper in familiari ſermone, tum mox edito libello orbi literato, ſignificavit Ampliſſimus Bynckershoeckius) dedit mihi ſequens Livii locus ex *lib.* 37. *c.* 13. *Polyxenidas Samum petituros ratus hoſtes, ut ſe Rhodiæ claſſi conjungerent; ab Epheſo profectus, primo ad Myonneſum ſtetit: inde ad Macrin (quam vocant) inſulam trajecit: ut prætervehentis claſſis ſi quas aberrantes ex agmine naves poſſet, aut poſtremum agmen opportune adoriretur. Poſteaquam ſparſam tempeſtate claſſem, vidit occaſionem primo aggrediendi ratus, paulo poſt increbreſcente vento, & majores jam volvente fluctus, quia pervenire ſe ad eos videbat non poſſe, ad* Æthaliam *inſulam trajecit: ut inde poſtero die Samum ex alto petentes naves aggrederetur.* Cum conſiderarem iter quod hæc claſſis per mare Ægæum fecit ad Æthaliam inſulam; cœpi cogitare, eſſetne *Æthalia* circa quam Eudæmon Nicomedienſis in *d. l.* 9. naufragium fecit, & pro qua Librariorum errore deinde irrepſit *Italia:* quo autem magis animum adverti ad Ægæi maris deſcriptionem; eo magis pro *Italia* mihi placuit *Æthalia:* neque jam ambigo, quin germana Mæciani ſcriptura ſit *Æthalia:* in primis, poſtquam, intellexi ex Plinio, Æthaliam inſulam inter Samum & Lesbum ſitam eſſe ex adverſo Erythrarum. Plinii verba ſi quis inſpicere velit, appoſui: ea verba ſunt ex *lib.* 5. *Natur. hiſtor. c.* 31. *Par claritate ab ea diſtat* XCIII. M. *paſſuum, cum oppido* Chios *libera, quam* Æthaliam *Ephorus priſco nomine appellat: Methrodorus & Cleobulus* Chiam, *a Chione nympha; aliqui a nive &* Macrin *&*

Pity-

Pityuſam. *Montem habet Pellenæum, marmor Chium. Circuitu* cxxv. *mill. paſſ. colligit; ut veteres tradidere. Iſidorus* IX. *millia adjicit. Poſita eſt inter Samum & Lesbum, ex adverſo maxime Erythrarum.* Ex hoc ſitu apparet, nave circa Æthaliam fracta, vel ex ea jactu facto, facile potuiſſe Eudæmonis merces ad littus alicujus inſulæ ex vicinis Cycladibus appelli; ibique a Publicanis, aut a ſervis publicis, ſpoliari. Suſtuli ex *d. l. 9.* vitium nimis deforme.

CAPUT XIV.

Plinii locus de Pado flumine correctus.

Quia in Mæciani reſtitutione adfuit mihi Plinius ſuperiore capite, non a me impetro, ne ipſi quoque hoc, ſi quam poſſim, opem feram: laborat enim vehementer; cum de Pado flumine ita ſcribit, *lib.* 3. *Naturalis hiſtoriæ c.* 16.

> *Padus e gremio Veſuli montis, celſiſſimum in cacumen elati, finibus Ligurum Vagiennorum Viſendo fonte profluens, condenſque ſeſe cuniculo, & in Forovibienſium agro iterum exoriens, nulli amnium claritate inferior: Græcis dictus Eridanus, ac pœna Phaëtontis illuſtratus: augetur ad Canis ortus liquatis nivibus, agris quam navigiis torrentior, nil tamen ex rapto ſibi vindicans, atque ubi liquit agros, ubertate largior.*

Fruſtra exercuit hic locus tres inſignes viros, Iſaacum Voſſium, Johannem Harduinum, & Claudium Salmaſium. Voſſius certe ad Pomponium Melâm, *De ſitu orbis*, *pag.* 164. Lege, inquit, *Augetur ad Canis ortus liquatis nivibus, ac his quam nativis torrentior, nihil tamen ex rapto ſibi vindicans, atque ubi linquit, ubertatis largitor.* Deinde *Liquatas nives* interpretatur *aquas:* liquatæ, inquiens, nives ſunt aquæ; itaque non opus eſt, vocabulum iſtud repetere. *Linquit*, vero hic recipitur pro defluit, decreſcit, λείπει, uti ſæpe. Sic Voſſius. At Johannes Harduinus, *Not. & emendat. ad h. loc. n.* 76. *pag.* 400. ex libris manuſcriptis quos magno allegat numero, reſtituit, *agris quamvis torrentior*; hiſque libris (quod mihi ſignificavit Vir Clariſſimus, Jacobus Gronovius, Collega meus) etiam Leidenſis codex aſſentitur: putat vero Harduinus, Plinium indigitare, quod Padus quamvis auctus in adjacentes agros irruat, fœcundiores illos reddit humectando & ubertatem eis largiendo: non exhauriendo vaſtat aut depopulatur. At quod Plinius intendit, neque Voſſius vidit, neque Harduinus. Nec magis Salmaſius, *Exercitationibus Plinianis*, *pag.* 59. *Editionis Ultrajectinæ*. Verba Salmaſii. Sic legendum, *agris, quamvis torrentior, nihil tamen ex rapto ſibi vindicans, atque ubi liquit, etiam ubertate largior.* Addit Salmaſius, Hæc natura torrentium fluviorum, ut aliis agris aliquid ex rapto vindicent & adjudicent, aliis vero adimant & tollant. quod negat facere Padum Plinius, quamvis torrentiorem: ſed perperam legitur: *nihil ex rapto ſibi vindicans.* lege, *abjudicans.* non injurius eſt torrens illis agris quibus aliquid adjicit per alluvionem; ſed quibus quid ex rapto abjudicat & tollit, vice iniqui cenſoris. Sic Salmaſius. ſed non placet. Quod ſi & mihi detur jus ſuffragii in hac tribu: ſcribam, *augetur ad Canis ortus liquatis nivibus*, ac his, *quam* alius, *torrentior, nil tamen ex rapto ſibi vindicans, atque ubi liquit agros, ubertate largior.* Quomodo de eodem flumine Virgilius, *lib.* 4. *Georgic. verſ.* 372.

> *Eridanus; quo non alius per pinguia culta*
> *In mare purpureum violentior influit undis.*

Ipſe paulo poſt Plinius eodem capite. *Nec alius amnium tam brevi ſpatio majoris incrementi eſt.* Res plana: nec improbat amicus meus, Jacobus Gronovius, Vir Clariſſimus.

CAPUT XV.

Clamorem cujus meminit Gajus l. 4. §. 1. D. Ad legem Aquiliam, a Lege Duodecim Tabularum non deſiderari circa cædem nocturni furis: neque a Triboniano videri profectum. eum deberi Gajo; & eſſe ex Eurematicis.

Poſſit quis opinari, nocturni furis cædem aut diurni qui ſe telo defendat, niſi cum clamore fiat, lege Duodecim Tabularum neque jure fieri, neque impune: idque his Gaji verbis ſignificari *l.* 4. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.*

> *Lex Duodecim Tabularum furem noctu deprehenſum occidere permittit: ut tamen id ipſum cum clamore teſtificetur. interdiu autem deprehenſum ita permittit occidere, ſi is ſe telo defendat: ut tamen æque cum clamore teſtificetur.*

Sed non ita eſt. clamor enim, cujus meminit Gajus, non debetur Duodecim Tabulis: & indicio, quod Cicero *pro Milone* ſcribit, Duodecim Tabulis permitti, furem nocturnum *quoquo modo* occidere. Ulpianus quoque *Collatione Legum Moſaicarum & Romanarum tit* 7. ait, legem Duodecim Tabularum cædem nocturni furis permittere *omnimodo.* at quemadmodum illa lex furis nocturni cædem aut *omnimodo*, aut *quoquo modo*, indul-

get; ſi, ut jure fiat cædes, clamorem deſiderat? verum mitto teſtimonia; etſi certa. ſufficiunt enim legis verba quæ apud Macrobium hac extant forma. *Sei. nox. furtum. factum. eſit. ſei. im. occiſit. joure. caiſus. eſto.* Vides legem, atque in ea nullam clamoris mentionem, ne minimam quidem. non igitur debetur clamor Duodecim Tabulis: in quibus nulla ejus ſunt veſtigia. At enim Gajus, *Lex*, inquit, *Duodecim Tabularum furem noctu deprehenſum occidere permittit: & addit, Ut tamen id ipſum cum clamore teſtificetur.* Non mihi latet, eſſe qui quod de clamore dicit Gajus, Triboniani eſſe ſuſpicantur. Sed videamus, ne conſtet Gajo ratio; quamvis innoxio Triboniano. Gajus duo dicit. primum eſt, permitti cædem furis noctu deprehenſi: alterum eſt, ut tamen id ipſum cum clamore teſtificetur. prius imputat Duodecim Tabulis: poſterius non æque. plus dicam: ne vult quidem Gajus, ab eo qui nocturnum furem occidit, hunc proclamari in finem, ne eum homicidii pœna ſequatur. non enim diſputat Gajus de homicidii crimine, ejusve pœna; ſed de reparatione damni injuria dati ex lege Aquilia. Id oſtendit non dicam Rubrica ſub qua poſitum eſt Gaji Fragmentum; ſed ejus Inſcriptio: quæ Inſcriptio habet, *Gajus lib. 7. Ad Edictum provinciale:* quo eum legem Aquiliam explicuiſſe, certum eſt ex *l. 2. l. 8. l. 32. D. Ad legem Aquiliam.* Non igitur reſpicit hoc Gaji Fragmentum ad crimen homicidii, ejuſve pœnam; ſed ad civilem damni æſtimationem ex lege Aquilia. placet autem, cædem nocturni furis quoquo modo factam, aut diurni, ſi is ſe telo defendat, ob Duodecim Tabulas quidem ab homicidii crimine & lege Numæ quam Cornelia excepit, excuſari: ſed non a lege Aquilia de damno injuria dato: quia altera punit cædem, demum dolo malo admiſſam *l. 7. D. Ad legem Corneliam de ſicariis:* altera contenta eſt qualicumque culpa, etiam leviſſima *l. 44. D. Ad legem Aquiliam*; itaque perſequitur cædem, quamquam jure factam, tamen non neceſſariam *§. 2. Inſt. eod. tit.* qualis eſt nocturni furis, cum aliter poteſt evitari periculum: ut *Ad legem Aquiliam c. 4.* & *lib. 1. Probabilium c. 9.* demonſtravi ex Ulpiano *l. 9. D. Ad legem Corneliam de ſicariis, & d. tit.* VII. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum*, & aliis. Non igitur reſpicit apud Gajum clamor ad legem Corneliam, ſed ad legem Aquiliam. nec dubito, quin vel in ea non tam neceſſitatis ſit, quam prudentiæ: aſſuetis Juriſconſultis, pro expediendis Juris difficultatibus, ejuſmodi tradere cautiones, quas tum Euremata appellabant, & de quibus Modeſtinus fecit librum ſingularem, quem *De Eurematicis* inſcripſit. Ex hoc igitur more Gajus, animadverſa legis Aquiliæ ſeveritate, omnem culpam, immodeſtiam, atque imprudentiam, ſine diſcrimine coërcentis; tum difficili circa furis cædem probatione moderaminis inculpatæ tutelæ, ob inopiam teſtium in re præſertim ſubita & improviſa; optimum factu judicavit, periculi teſtificationem, ſi non aliter, ſaltem per clamorem fieri: ſuadente ratione, admitti demonſtrationem neceſſariæ atque inculpatæ cædis quæ haberi poteſt; cum deficit ea quæ haberi debet. Nec quem offendat Gaji locutio, *Lex duodecim Tabularum furem noctu deprehenſum occidere permittit: ut tamen id ipſum cum clamore teſtificetur.* Eſt enim ſimilis ei locutio in *l. 62. §. 1. D. de uſufructu*, quem expoſui ſupra *capite* X. *hujus libri.* Juſtinianus quoque *§. 2. Inſt. de ſuſpectis tutoribus* ad eumdem modum, *Et*, inquit, *poſſunt quidem omnes tutores fieri ſuſpecti, ſive ſint teſtamentarii, ſive non ſint, ſed alterius generis tutores. Quare & ſi legitimus fuerit tutor, accuſari poterit. Quid ſi patronus? adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum eſſe, licet ut ſuſpectus remotus fuerit.* Quod enim ait Juſtinianus, parcendum patroni famæ, Eurema eſſe adverſus rigorem Juris Duodecim Tabularum, ex Modeſtini libro ſingulari *De Eurematicis* intelligitur *l. 9. D. eod. tit.*

CAPUT XVI.

Corruptum videri Marcellum l. 72. D. de ſolutionibus. etiam Ulpianum l. 7. §. 2. D. de injuriis. & quemadmodum reſtituendus ſit uterque locus.

Marcellus *l. 72. D. de ſolutionibus & liberationibus.*

Qui decem debet, ſi ea obtulerit creditori, & ille ſine juſta cauſa ea accipere recuſavit, deinde debitor ea ſine ſua culpa perdiderit: doli mali exceptione poteſt ſe tueri, quamquam aliquando interpellatus non ſolverit. etenim non eſt æquum teneri pecunia amiſſa: quia teneretur, ſi creditor accipere voluiſſet. quare pro ſoluto id in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet eſſe. Et ſane ſi ſervus erat in dote, eumque obtulit maritus, & is ſervus deceſſit; aut nummos obtulit, eoſque non accipiente muliere perdiderit: ipſo jure deſinet teneri.

Ita in omnibus codicibus legitur. non dubito tamen, quin Marcellus ſcripſerit.

Qui decem debet, ſi ea obtulerit creditori, & ille ſine juſta cauſa ea accipere recuſavit, deinde debitor ea perdiderit: doli mali exceptione poteſt ſe tueri. & reliqua.

Delevi verba, *ſine ſua culpa*; ſunt enim ſpuria, & corrumpunt Marcelli ſenſum, alioquin optimum: id eſt, ipſi Marcello, & civili juri conſentaneum. is ſenſus eſt: Si perierit debitori pecunia, quam creditori obtulit:

tulit:

tulit; & hic ſine juſta cauſa noluit accipere: poteſt debitor, ſi quidem petatur judicio ſtricti juris, ſe defendere exceptione doli mali: ſi vero bonæ fidei judicio conveniatur; poteſt ſe ipſo jure tueri. nec intereſt, utrum culpa ſua, an ſine ea, pecuniam amiſerit; modo ſi nil egerit dolo malo. is, & non alius, ſi quid video, fuit Marcelli ſenſus. & argumentum mihi eſſe poſſit, quod ea verba, *ſine ſua culpa*, aut ſimilia, nulla apparent in poſteriore ejuſdem capitis verſu: cujus hæc verba ſunt, *Et ſane ſi ſervus erat in dote, eumque obtulit maritus, & is ſervus deceſſit: aut nummos obtulit, eoſque non accipiente muliere perdiderit: ipſo jure deſinet teneri.* Nulla in hac ſpecie mentio culpæ de qua teneatur maritus, ſi vel ſervus, vel pecunia, dotalis perierit poſt oblationem a ſe factam. igitur cur in priore requiratur ſpecie; in qua debitor decem quæ debet, creditori obtulit; eoque ſine cauſa recuſante, ea accipere, perdidit? Sed argumentum mitto. quid enim opus eo? clare Pomponius *l.* 9. *D. Soluto matrimonio.* Verba Pomponii. *Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum duntaxat in ea re, non etiam culpam maritus præſtare debet.* Et in *l.* 17. *D. de periculo & commodo rei venditæ.* Verba ſunt. *Illud ſciendum eſt, cum moram emptor adhibere cœpit, jam non culpam, ſed dolum malum tantum præſtandum a venditore.* Idem eſt, ſi non venditoris interpellatio emptorem in mora conſtituat: ſed dies. Paulus *l.* 5. *D. eod. tit. Si per emptorem ſteterit, quo minus ad diem vinum tolleret; poſtea, niſi quod dolo malo venditoris interceptum eſſet, non debet ab eo præſtari.* Unde efficitur quod dixi, verba hæc, *ſine ſua culpa*, in *d. l.* 72. eſſe ſpuria. Quamquam, ſi quis tenere ea malet, nec ei reſiſtam: modo, ſic ſcriptum fuiſſe putet, *ſine ſua culpa*: id eſt: *ſine ſumma culpa*; & hanc exponat, *latam culpam*, quæ & *magna negligentia* dicitur *l.* 226. *D. de verborum ſignificatione:* &, *ſumma negligentia l.* 9. §. 2. *D. de juris & facti ignorantia.*

Atque hæc mihi jam eo verior videtur conjectura: quia in eodem verbo alibi quoque eſſe peccatum plane ſimili Librariorum errore exiſtimo: & ut exiſtimem, ſequente inducor Ulpiani loco qui eſt in *l.* 7. §. 2. *D. de injuriis.*

Præterea illo ſpectat, dici certum de injuria, quam paſſus quis ſit: ut ex qualitate injuriæ ſciamus, an in patronum liberto reddendum ſit injuriarum judicium. Etenim meminiſſe oportebit, liberto adverſus patronum non quidem ſemper, verum interdum injuriarum dari judicium, ſi atrox ſit injuria, quam paſſus ſit, [ſi ſua], (puta) ſi ſervilis. cæterum levem coërcitionem utique patrono adverſus libertum dabimus: nec patietur eum Prætor querentem, quaſi injuriam paſſus ſit, niſi atrocitas eum moverit: nec enim ferre Prætor debet heri ſervum hodie liberum conquerentem, quod dominus ei convicium dixerit, vel quod leviter pulſaverit, [vel emendaverit]. Sed ſi flagris, ſi verberibus, [ſi] vulneravit non mediocria: æquiſſimum erit Prætorem ei ſubvenire.

Sic hic locus editur in Pandectis Florentinis: ſed male. quid enim vult hoc? *Etenim meminiſſe oportebit, liberto adverſus patronum non quidem ſemper, verum interdum injuriarum dari judicium, ſi atrox ſit injuria, quam paſſus ſit, [ſi ſua], puta ſi ſervilis.* Conſtabit ſenſus, ſi leges; *ſi ſua*, contracta ſcriptura, pro *ſi ſumma*: cui mox opponitur *levis coërcitio.* Quod miror non eſſe obſervatum a doctiſſimis hominibus.

Caput XVII.

Quid apud Celſum l. ult. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta ſit* Pro portione emptionis & venditionis eſt. *Apud Plautum* Pro portione nec vir, nec mulier tu mihi es, *recte legi adverſus V. CL. Janum Gulielmium.

Celſi verba ſunt *l. ult. D. de condictione cauſa data, cauſa non ſequuta.*

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis eſt? an nulla hic alia obligatio eſt, quam ob rem dati re non ſequuta? In quod proclivior ſum. & ideo ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum eſſe Stichum, ſed te tamen eum tradidiſſe: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris. & rurſus, ſi tuus eſt Stichus, & pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere poſſim.

Quæ *Probabilium Juris Civilis libro* IV. *capite* IV. pro emendatione atque intellectu hujus loci attuli, forte ſufficerent: niſi ſuſpicarer, illa Celſi verba,

Utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis eſt? an nulla hic alia obligatio eſt, quam & reliqua.

adhuc nocitura fore Studioſis Juris: quibus videri poſſint valere, Utrum id contractus genus pro portione eſt emptio & venditio, pro portione obligatio ob rem dati re non ſequuta. fuerit igitur utile, errantibus & in

hac parte viam monſtraſſe. Non enim ita eſt. non quæſivit Celſus, utrum in propoſito duplex, an ſimplex, ſit contractus; neque hanc conjecturam patitur facti ſpecies quam proponit, aut diſputatio quam de ea habet. magis utraque illi repugnat. An quid Celſus dicit toto capite? niſi datam tibi a me pecuniam eſſe, ut mihi Stichum dares? Atqui hunc in caſum, utcumque eum vertas, non poteſt cadere ſuſpicio duplicis contractus, id eſt, ejus qui partim ſit emptio & venditio, partim do ut des: ſicut, ſi Titius cum aurifice convenerit, ut is ex auro ſuo certi ponderis, certæque formæ, annulos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos; Caſſius voluit, materiæ quidem emptionem & venditionem, operæ autem locationem & conductionem, contrahi §. 4. *Inſt. de locatione & conductione. l. 2. D. eod. tit.* Aliter igitur accipienda erunt Celſi verba. habent autem, ſi quid video, pulchram ſententiam. ea ſententia eſt, utrum id contractus genus pro portione quam in ordine civilium negotiorum habet, emptio venditio eſt. Hoc ut ſentiam, ſuadet ſimilis Plauti locus, *Rudente* 4. 4. *verſ.* 71. Eum locum, quia moratur eruditos homines, apponam, ut a Celſo lucem accipiat, & hanc Celſo viciſſim præbeat. Verba Plauti.

Quid? iſtæ mutæ ſunt, quæ pro ſe fabulari non queant.

TR. *Eo tacent, quia tacita bona 'ſt mulier ſemper quam loquens.*

GR. *Tum pol* pro portione *nec vir, nec mulier tu mihi es.*

TR. *Qui dum?* GR. *quia enim loquens,' neque tacens unquam bonus.*

Sic habent manu ſcripti codices, *pro portione*, vel uno verbo, *proportione*. Nec mutem: etſi Janus Gulielmius, V. CL. *Quæſtion. in Plauti Rudent. c. 3. in f.* quem ſequuntur plerique typis impreſſi libri, malit, *pro oratione*; & exponat, *Quantum ex oratione tua colligo; ut verba facis.* Eſt enim idoneus veteris ſcripturæ ſenſus: Tu pro parte tua quam in rebus humanis facis, mihi neque vir, neque mulier, es. Illud neſcio an addam, hoc, *Utrum id contractus genus emptionis venditionis eſt pro portione*, a Celſo ſimili dici ratione quâ Ulpianus *l. 6. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum* ait, *Quid ergo ſi prædiorum meliorem cauſam hæc faciant? Non eſt dubitandum, quin ſervitutis ſit.* Ita habent Pandectæ Florentini: licet in vulgata editione ſit, *quin ſervitus ſit.* Ad eamdem formam Aulus Sabinus, *Epiſt.* 3. quæ eſt Paridis ad Oenonem. Verba Sabini.

Sed non eſt rationis amor. te conſule, nympha.
Læſa es: & læſam ſcribis amare tamen.

CAPUT XVIII.

De lectione & intellectu Senatuſconſulti Vellejani, apud Ulpianum l. 2. §. 1. D. Ad Senatuſconſultum Vellejanum.

Vix mihi tempero, ne hoc capite conſtituam & firmem Senatuſconſultum Vellejanum: cujus vacillat lectio apud Ulpianum *l. 2. §. 1. D. Ad Senatuſconſultum Vellejanum.* Verba hæc ſunt.

Quod Marcus Silanus, & Vellejus Tutor, Conſules, verba fecerunt de obligationibus fœminarum, quæ pro aliis reæ fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita conſuluerunt: quod ad fidejuſſiones & mutui dationes pro aliis, quibus interceſſerint fœminæ, pertinet, tametſi ante videtur ita jus dictum eſſe, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, & ejus generis obligationibus obſtringi non ſit æquum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, ſi dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas ſervetur.

Sic Florentiæ editur. Sed in aliis libris pro his verbis, *quid de ea re fieri oportet, de ea ita conſuluerunt*, extat, *quid de ea rè fieri placeret.* Non male. quamquam & ſervari poteſt Florentina lectio; ſi ita ſcribatur, *quid de ea re* fieri *opoRtEt*; & exponatur, *oporteret*: repetitis majuſculis literis. quod curioſe obſervavit V. CL. Jacobus Gothofredus *lib. Animadverſionum juris civilis c. 9.* Æque notandum, quod pro *conſuluerunt* in aliis libris eſt, *cenſuerunt*: neque negare velim, ſolemne hoc eſſe Senatuſconſultorum verbum. adeo ſi quis id malit, quam *conſuluerunt*, non repugno. nec tamen aſſentiar Jacobo Gothofredo, hoc *conſuluerunt* nulla damnanti ratione. quippe a *conſulendo* dicitur Senatuſconſultum; quomodo a *decernendo* Senatus *decretum* appellatur *l. 19. C. eod. tit.* cum *conſulere* non utique ſignificat, *conſilium dare* aut *petere*; quod crediſſe videtur Gothofredus: ſed etiam *ſtatuere* & *decernere.* Feſtus certe, *Conſulas*, inquit, *antiqui ponebant non tantum pro conſilium petas, & perconteris; ſed etiam pro judices & ſtatuas.* Et Feſto accedit Quintilianus *lib. 1. Inſt. orat. c. 5. Inde*, inquiens, *pravis ingeniis ad fœdiſſima uſque ludibria dilabuntur, ſitne conſul a conſulendo, an a judicando; nam & hoc conſulere veteres appellarunt, unde adhuc remanet illud, rogat boni conſulas, id eſt, bonum judices.* Papinianus quoque *l. 1. D. de legibus* ait, *Legem eſſe commune præceptum, virorum prudentium conſultum*: neque aliud ſignificat, quam Legem eſſe virorum prudentum decretum; & (ut ex Demoſthene Marcianus *l. 2. D. eod. tit.*) Δόγμα ἀνθρώπων φρονίμων.

Non

Non minor lis eſt de ſequentibus Senatuſconſulti verbis, *Quod ad fidejuſſiones & mutui dationes pro aliis quibus interceſſerint fœminæ, pertinet.* Ita Florentiæ legitur: ſed quia nullo prorſus ſenſu, ſic concinnat ea verba Jacobus Gothofredus *d. loc.* *Quod ad fidejuſſiones & mutui dationes PRO aliis quibus interceſſerint fœminæ pertinet*, ut ſit, *Quod ad fidejuſſiones & mutui dationes pro aliis, pro quibus interceſſerint fœminæ, pertinet.* Quomodo in exemplari ſuo repræſentaverat Accurſius. Sed quid, ſi ſic ſcribam? *Quod ad fidejuſſiones & mutui dationes quibus pro aliis interceſſerint fœminæ pertinet.* Vera ac germana hæc fuit Senatuſconſulti ſcriptura. nam optime dicimus, fœminam *pro aliquo intercedere:* &, eam *aliquo intercedere contractu l. 1. l. 2. pr. & §. 5. D. eod. tit.* fidejuſſione, verbi gratia, aut mutui datione. Nec neceſſe eſt, cum Franciſco Hotmano *lib.* 1. *Obſerv. c.* 15. & *lib.* 4. *c.* 15. pro, *mutui dationes*, ſubſtituere, *mutuationes*, etſi *mutuandi* verbo utantur Veteres *l.* 19. §. 5. & *l.* 17. *D. eod. tit.* Quidquid enim dicat Hotmanus, nil abſurdi habet recepta lectio, *mutui dationes:* ſi ſano accipiatur modo. Nec tamen accedo Jacobo Cujacio, *Ad Africanum Tract.* 4. *in expoſitione l.* 17. *D. eod. tit.* mutui dationem interpretanti, mutuum a muliere pro alio acceptum: quod putat, eam locutionem ſic ſumi ab Ulpiano *l. 27. D. de rebus creditis.* Nam Cujacii ſententiam bene refutat Jacobus Gothofredus *d. loc.* cauſatus, *mutui dationem* ab Ulpiano *d. l.* 27. non debitoris, ſed creditoris, reſpectu dici; cum a Senatu magis ratione debitoris, quam creditoris, dicatur: tum eſſe quidem mutui dationi conſequens, ut cui mutuum datur, accipiendo debitor fiat; at verbis ipſis, *mutui datio*, hoc numquam ſignificari. Interim quemadmodum accipienda ſint Senatus verba, ne offendant, ne Gothofredus quidem demonſtravit. Sed mihi videtur, quod Senatus voluit, ſubvenire mulieribus quæ pro aliis intercedunt: ſive jubeant, fide ſua eſſe, quod alius debet: ſive non hoc agant, ſed aliis mutuam dent pecuniam, quam ipſæ idcirco mutuam acceperint, ut aliis mutuam darent. Hæc mea ſententia: atque ipſa non minus cum loquendi uſu, quam cum Senatus mente, conſentit. ſi enim rem ſpectamus: non intercedit pro alio mulier; cum mutuam accipit pecuniam, etſi alii rurſus datura mutuam: ſed cum acceptam ideo mutuam pecuniam, ut alii mutuam det, deinde illi dat mutuam. nam quamdiu retinet mutuam pecuniam, ſe quidem alii obligavit, ſed non pro alio; quo demum interceſſio cenſetur: verum ubi mulier mutuam accepit pecuniam, ut eam alii mutuam daret; & deinde ei dedit mutuam: tum is eſt totius negotii exitus, ut pro eo cui mutuam dedit pecuniam, interceſſiſſe videatur: quia ſe obligavit non ſui, ſed illius, cauſa: & ideo placet, actionem quæ eſſet creditori adverſus mulierem danda, ſubducta ejus perſona, adverſus debitorem dari: ut pulchre oſtendit Paulus *l. 29. D. Ad Senatuſconſultum Vellejanum*, & Ulpianus *l.* 8. §. 14. *D. eod. tit.* Conſtabit igitur Senatuſconſulto ſcriptura; ſi ſit, *Quod ad fidejuſſiones & mutui dationes quibus pro aliis interceſſerint fœminæ pertinet.*

Nondum, inquies, tranſacta res eſt. reſtat enim aliqua vel in ea difficultas: duas quippe complectitur interceſſionis formas; *fidejuſſionem & mutui dationem*; cum Ulpianus *l. 2. §. 4. D. eod. tit.* ſcribat, Senatuſconſulto omnem omnino fœminarum obligationem comprehendi; ſive verbis, ſive re, ſive quocumque alio contractu, interceſſerint. erit igitur vel ille expediendus nodus. Mihi autem expendenti cuncta, talis ratio ſuccurrit, quod Senatus *fidejuſſiones* ac *mutui dationes* ponit pro exemplis interceſſionis; cæterum ipſam fœminis interceſſionem pro aliis prohibet *l. 1. D. eod. tit.* ut Edictis Auguſti & Claudii ante vetabantur interceſſiones quas pro viris ſuis faciebant: ac ſicut tum ex earum pro his interceſſionibus ſic jus dicebatur, ne in eas actio, neve ab his petitio, daretur: ita non vult nunc Senatus, ſi pro aliis intercedant fœminæ, verbi gratia, fidejuſſione aut mutui datione, eo nomine in eas actionem, vel ab his petitionem, dari. Quod ut probem, poſſem teſtem adhibere Ulpianum *l. 2. pr. & §. 1. D. eod. tit.* ſed præſtat, ipſa adducere Senatus verba de quibus quæritur. Primum ait Senatus, *M. Silanum & Vellejum Tutorem, Conſules, verba feciſſe de obligationibus fœminarum quæ pro aliis reæ fierent.* Significat autem, retuliſſe Conſules de prohibenda omni rerum perſonarumque obligatione ex qua fœminæ pro aliis conveniri actione in rem, vel in perſonam, poſſint. Huc enim pergit ejus vis locutionis, *Quæ pro aliis reæ fierent:* ut liquet ex *l. 29. D. eod. tit.* in qua ſic recipitur. Deinde ait Senatus, *Quod ad fidejuſſiones & mutui dationes quibus pro aliis interceſſerint fœminæ pertinet: tametſi ante videtur ita jus dictum eſſe, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, & ejus generis obligationibus obſtringi non ſit æquum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos ad quos de ea re in jure aditum erit, ſi dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas ſervetur.* Et apparet, non minus Senatui, quam Conſulibus, eſſe propoſitum, fœminas a qualicumque pro aliis interceſſione, tamquam ab officio virili, & fœminini ſexus infirmitatem egrediente, removere; etſi tantum *fidejuſſiones* ac *mutui dationes* appellet. Nam (quod Pomponius attingit *l. 32. §. 2. D. eod. tit.*) huc ſpectat totus Senatus ſermo, ne ex ejus generis obligationibus, a quibus arcet fœminas, ab his petitio, neve in eas actio, detur: perinde ut in

illarum pro viris ſuis intercesſionibus ante obſervatum ſuiſſe, in anteceſſum dixi. Et de actione quæ in perſonam venit, certa res eſt; cum mulier proaliis aut mutui datione aut fidejuſſione, quæ ſunt Senatus exempla, interceſſit: quia his alienam obligationem in perſonam ſuam ſuſcepit. Verum quod ad petitionem attinet quæ in rem eſt, ejus quis uſus in fidejuſſione aut mutui datione eſſe poteſt? at in pignore quo minus obtineat, nihil vetat; cum mulier ejus conſtitutione alienam obligationem non in perſonam ſuam, ſed in res ſuas, admittat. Quod ſi eſt; probatum eſt, Senatum fidejuſſionis ac mutui dationis mentione quidem uti pro exemplis interceſſionis, ſed omnem fœminis interceſſionem prohibere ſine diſcrimine: prorſus, ut ſi quam alienam obligationem, novam aut veterem, in perſonas ſuas, inve res ſuas, vel participando, vel transferendo, ſuſcipiant, quia pro aliis intercedunt, recte nolit Senatus, aut ab his petitionem, aut in eas actionem, dari *l. 8. pr. & §. 1. l. 29. D. item l. 4. & l. 18. C. eod. tit.* Atque hæc cauſa eſt, cur Veteres hoc Senatuſconſultum non De fœminarum Fidejuſſionibus & Mutui dationibus pro aliis, ſed De Interceſſionibus, appellent *l. 29. D. & l. 19. C. eod. tit. l. 40. D. de condictione indebiti:* item, cur in ejus enarratione magis exponant, quid interceſſione, quam quid fidejuſſione aut mutui datione, comprehendatur *l. 1. pr. l. 2. §. ult. & l. 8. pr. & §. 1. D. Ad Senatuſconſultum Vellejanum.*

FINIS LIBRI I.

OBSERVATIONUM.

GERAR-

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Antecesſoris,

OBSERVATIONUM
LIBER SECUNDUS.

Caput I.

Mandatum, quamvis nominatim conferatur poſt mandatoris mortem, tamen ejus morte ſecundum regulas Juris ſine diſtinctione finiri.

Non perdam oleum & operam inquiſitione paulo diligentiore in rationem tollendæ litis quæ Ulpiano *l.* 12. §. *ult. D. Mandati vel contra*, Gajo *l.* 13. *D. eod. tit.* & Juliano *l.* 18. §. 2. *D. de mortis cauſa donationibus*, cum Paulo *l. ult. D. de ſolutionibus* intercedat de finiendo morte mandatoris mandato: non quidem, ſi ſimpliciter contrahatur: (nam tum facilis ejus ratio eſt) ſed ſi nominatim concipiatur poſt mandatoris mortem: cum præſertim Jacobus Cujacius, *lib.* 7. *Obſerv. c.* 38. & Franciſcus Hotmanus *lib.* 2. *Amicab. Reſponſ. c.* 38. aliique, fama eruditionis atque ingenii illuſtres & clari homines, ad ejus rixæ compoſitionem longe alia incedant via, quam in tam nobili quæſtione tenuerunt Veteres Juris Auctores. voluerunt hi, (ſic mihi perſuadeo, quidquid illi dicant) mandatum, etiam cum nominatim confertur poſt mandatoris mortem, ſecundum Juris regulas ejus morte exſtingui. Hoc ut probem, utar argumentis paucis, ſed gravibus, &, niſi mihi blandior, decretoriis. Primum, ſi ad mandati formam reſpiciamus, quid verius eſt, quam mandatum mandatoris morte finiri *l.* 26. *D. Mandati vel contra*; ac, ſi poſt eam concipiatur, non pati rationem, ut poſt mortem contra Juris formam ſuſtineatur? Non minus certum eſt, Veteribus placuiſſe, ne valeret, non dicam, legatum, ſed ſtipulatio quoque, aut qualiſcumque alius contractus; cum poſt mortem legatarii aut promiſſoris confertur *l.* 11. *C. de contrahenda ſtipulatione*: proinde quis poteſt fingi color, quo voluiſſe eos putemus, mandatum poſt mandatoris mortem valere idcirco, quod eſt poſt ejus mortem collatum? Accedit, quod ei qui poſt mortem ſuam mandatum confert, numquam poteſt mandati actio competere: ſiquidem ejus fieri aut dari quod mandavit, numquam intereſt. vult enim, quod mandat, fieri tum; cum ad eum, utrum fiat, an non fiat, non pertinebit. At quis neſcit, non ante competere mandati actionem, quam cœperit intereſſe ejus qui mandavit: cæterum, ſi nihil intereſt, ceſſare mandati actionem; & eatenus competere, quatenus intereſt *l.* 8. §. 6. *D. Mandati vel contra.* Igitur collato poſt mandatoris mortem mandato, numquam valet mandatum poſt ejus mortem: quia numquam in eo conſiſtit mandati actio. Nec magis initium ab ejus herede accipit: quia non placuit antiquitati, actiones ab herede aut contra heredes incipere *l. unic. C. Ut actiones & ab herede & contra heredem incipiant.* Dices fortaſſe, eam regulam a Juſtiniano expungi *d. l. unic.* Sed id me nihil turbat: quia adhuc verum manet, eam, antequam mutaretur, certo jure viguiſſe. proinde ſi ad Ulpianum, Gajum, Paulum, cæteroſque ſpectamus Juriſconſultos, qui ante Juſtinianum floruere, numquam me induci ſinam, uti calculum meum adjiciam ſententiæ exiſtimantium, mandatum poſt mandatoris mortem ſuſtineri ideo, quod ſit poſt ejus mortem collatum. Nec proclivior eam in partem ſim poſt Juſtiniani Conſtitutionem; poſtquam viſum illi Imperatori in §. 10. *Inſt. de mandato*, retinere Veterum ſententiam: quibus placuiſſe dixi, hanc mandato formam dare, ut mandatoris morte extinguatur *l.* 26. *D. eod. tit.* Ut enim maxime jam mandatum poſt ejus mortem concipiatur; tamen quid cauſæ eſt, ne contra Juris formam, denique fruſtra, concipi exiſtimetur? Quomodo in pupillari ſubſtitutione quam placuit pubertate exſpirare, jus eſt; ut, licet longius comprehendatur tempus, nihilominus pubertate finiatur *l.* 14. *l.* 7. *D. de vulgari & pupillari ſubſtitutione.* Nec tantum in ſubſtitutione efficit Juris forma; ut pro nullo ſit quod ei contrarium eſt; ſed in precario quoque. nam ſi convenit, ne domino liceat, precarium ante Kalendas Julias repetere; nulla vis eſt ejus conventionis *l.* 12. *D. de precario*: volente precarii forma, domino jus eſſe, quod precario dedit, quandocumque repetere *l.* 1. *pr. &* §. 2. *item l.* 2. §. 2. *D. eod. tit.* Æque ſi depoſuero apud te, ut demum poſt mortem tuam, aut meam, reddas; placet, nullius momenti eſſe pactionem: quaſi adverſus depoſiti ſubſtantiam ſit, ut depoſitarius rem depoſitam, invito deponente, retineat,

Google

neat, cum ipſius nihil intereſt *l.* 1. §. 45. & 46. *D. Depoſiti vel contra.* Idem vel ſimile eſt in ſocietate: diſſolvitur enim morte unius ex ſociis *l.* 63. §. 10. *l.* 65. §. 9. *D. Pro ſocio*; &, ſi contrahentium conventione poſt eorum mortem porrigatur; nihilomnius unius morte finitur *l.* 52. §. 9. *D. eod tit.* ita, ſi Paulo fides, poteſt ſocietas in perpetuum coïri, id eſt, dum vivunt ſocii *l.* 1. *D. Pro ſocio:* ſed nulla ejus in æternum coïtio eſt *l.* 70. *D. eod. tit.* In mandato cur aliud dicimus? cur non æque volumus, id, ſive ſimpliciter concipiatur, ſive poſt mandatoris mortem, ejus morte, quaſi Juris forma, diſſolvi?

Res ad certum accedit; ſi audimus Paulum *l. ult. D. de ſolutionibus.* tam enim manifeſte it in noſtram ſententiam, ut non poſſit manifeſtius. Verba Pauli. *Ei qui mandatu meo poſt mortem meam ſtipulatus eſt, recte ſolvitur: quia talis eſt lex obligationis: ideoque etiam invito me recte ei ſolvitur. Ei autem cui juſſi debitorem meum poſt mortem meam ſolvere, non recte ſolvitur: quia mandatum morte diſſolvitur.* Paulus duas proponit ſpecies, quarum poſterior eſt hujus loci, prior non eſt. utramque tamen, quia ſuadet continentia cauſæ, exponam breviter. prior hæc eſt. Aliquis meo mandatu ſibi ſtipulatus eſt poſt mortem meam. quæritur, an ei poſt mortem meam recte ſolvatur? Et putat Paulus: clara ratione; ea ratio eſt, quod is ſibi ſtipulatus eſt mandatu meo: nec debitor mihi, ſed ei, tenetur ex ſtipulatu actione; ac ſi ei ſolvit poſt mortem meam; creditori ſuo poſt mortem meam ſolvit, volente lege obligationis. poſtquam enim ſibi ſtipulatus eſt mandatu meo; deinde ſola vertitur lex obligationis, ei adquiſitæ mandatu meo: non meum quoque mandatum: ideoque (quod addit Paulus) etiam, me invito, ei recte ſolvetur: quia ei, non mihi, debetur. Expoſui unam Pauli ſpeciem. Quæ altera? juſſi, dtebiorem meum tibi ſolvere poſt mortem meam. an tibi recte ſolvit, me mortuo? ſed negat Paulus; & cauſatur, quia mandatum morte diſſolvitur. optime: debebat enim mihi debitor, antequam juſſi, eum tibi ſolvere. idem manſit mihi obligatus, poſtquam juſſi. nil igitur intervenit præter meum mandatum: ac ſi debitor tibi, ut juſſi, ſolvit poſt mortem meam; nullo jure ſolvit: quia hæc mandati forma eſt, ut me mortuo nullum ſit; quamquam maxime collatum poſt mortem meam: ſicut ſi, priuſquam ſolvat, ei denuntiem, ne ſolvat. nam, ut illic mea morte, ſic hic mea revocatione, mandatum finitur. ac, quod Gajus ait *l.* 106. *D. de ſolutionibus, Aliud eſt, jure ſtipulationis Titio ſolvi poſſe; aliud, poſtea permiſſu meo id contingere. nam* (ſic pergit) *cui jure ſtipulationis recte ſolvitur, ei etiam probibente me recte ſolvi poteſt. cui vero alias permiſero ſolvi, ei non recte ſolvitur, ſi priuſquam ſolvetur, denuntiaverim promiſſori, ne ei ſolveretur.* Sed longior ſum; & nimis claret, mandatum a mandatore fruſtra conferri poſt ejus mortem, vetante mandati forma.

CAPUT II.

Si quis mandet, ut quis ſibi poſt mortem ſuam faciat monumentum, aut ut fundum emat hereditario monumento; mandatum poſt ejus mortem adverſus mandati formam veneratione religionis ſuſtineri. Ulpianus l. 12. §. ult. D. Mandati vel contra expoſitus; & ſuppleta ex manuſcriptis libris lacuna.

Incurrit tamen (inquies) inſignis hæſitatio a ſequentibus Ulpiani verbis, quæ ſunt in *l.* 12. §. *ult. D. Mandati vel contra.*

> *Idem Marcellus ſcribit,. Si, ut poſt mortem ſibi monumentum fieret, quis mandavit, heres ejus poterit mandati agere. illum vero, qui mandatum ſuſcepit, ſi ſua pecunia fecit, puto agere mandati, ſi non ita ei mandatum eſt, ut ſua pecunia faceret monumentum. potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut ſibi pecuniam daret ad faciendum. maxime, ſi jam quædam ad faciendum præparavit.*

Nec Ulpianus tantum, ſed Gajus quoque, tumultuatur *l.* 13. *D. eod. tit.* Verba Gaji.

> *Idem eſt, & ſi mandavi tibi, ut poſt mortem meam beredibus meis emeres fundum.*

Verum quod ad Ulpianum attinet; (nam de eo primum dicam) me liberat reſpondendi verecundia, quod non proponit Ulpianus exemplum mandatæ qualiſcumque poſt mortem rei; ſed exemplum mandati poſt mortem monumenti. fit enim mihi veriſimile, Veteres in tali mandato & ſimili quod ad funerariam cauſam ſpectet, a certa Juris regula idcirco receſſiſſe: quod rigorem benignitate inflecti, ſuaderet publica utilitas, ne inſepulta jacerent cadavera; atque, ut Papinianus ait *l.* 43. *D. de religioſis*, ſumma ratio eſſet quæ pro religone facit. Nempe credebat vetuſtas, ineptæ plena ſuperſtitionis, miſerrimam defunctorum, quamdiu inſepulti eſſent, conditionem eſſe: non enim venire, niſi poſt ſepulturam, ad placidas in morte ſedes; ſed errare centum annos. Id docuit me Virgilius *lib.* 6. *Æneid. verſ.* 325. & *ſequentibus.* Verba Virgilii.

Hæc omnis quam cernis inops inhumataque turba eſt.
Portitor ille Charon: hi quos vehit unda ſepulti.
Nec ripas datur horrendas, nec rauca fluenta
Tranſportare prius, quam ſedibus oſſa quierunt.
Centum errant annos, volitantque hæc littora circum:
Tum demum admiſſi ſtagna exoptata reviſunt.

Ita magna ratio fuit quæ ſepulturæ faveret; in primis legitimæ, ſi haberi poſſit; ſin minus, imaginariæ, quæ inter cætera cenotaphiis fiebat, tantumque præſtare, quantum vera, putabatur. Auctor Servius ad hæc Virgilii verba; *Inops inhumataque turba d. loc. Duo*, inquiens, *dicit*, *id eſt*, *neque legitimam ſepulturam habet*, *neque imaginariam*. Inopem *enim dicit ſine pulveris jactu: (nam ops terra eſt) id eſt*, *ſine humatione. vult autem oſtendere*, *tantum valere inanem*, *quantum plenam ſepulturam. nam & Deiphobi umbra tranſvecta eſt*, *cui Æneas cenotaphium fecit*: *ut* Hunc egomet tumulum Rhœteo in littore inanem conſtitui. *Bene autem* ſepultos, *id eſt fletos*: *nam ſine fletu ſepultura non eſt. Unde legimus*, *inhumata infletaque turba.* Sed apparet Veterum ſuperſtitio; ſimul ratio differentiæ inter mandatum de facienda quali quali re poſt mortem, & quod ad ſepulchri monumentive procurationem pertineat: alterum, quia mandantem nec commodo afficit, nec incommodo, non videtur mandati forma contineri: alterum contra, quia ejus ſalutem trahit, ut valeat, religioni convenit: adeo fit ejus reverentia, ut in hoc mandato actio non tam incipere ab herede, quam a defuncto mandatore ad eum pervenire, intelligatur. Atque huc neſcio an Ulpianus ſpectet *l.* 1. *D. de religioſis*, *Qui*, inquiens, *propter funus aliquid impendit*, *cum defuncto contrahere creditur*, *non cum herede.* Ex eo certe fonte in *d. l.* 12. §. *ult. D. Mandati vel contra* probat Marcellum: qui dixit, *Si ut poſt mortem ſibi monumentum fieret*, *quis mandavit*, *heredem ejus poſſe mandati agere.* Ad quid? *ut perficiatur.* Hoc Ulpiano addo ex manuſcriptis libris: & recte. quia enim fit veneratione religionis, ut tale mandatum initium a mandatore accipiat; quod ejus intereſſe credatur, ſibi monumentum fieri poſt mortem ſuam: nihil impedit, id ad ejus heredem tranſire qui eum poſt mortem ſuam repræſentat. nec igitur mirum, ſi is heres poſſit (quod Ulpianus ait *d.* §. *ult.*) poſt mandatoris mortem mandati agere, id eſt, directa mandati actione agere, *ut perficiatur.* Sic enim, ut dixi, lego apud Ulpianum: conſentientibus libris manuſcriptis; etſi in Florentino exemplari deſint verba, *ut perficiatur.* Sed non ad hoc ſubſiſtit Ulpianus: putat quoque, illum qui mandatum ſuſcepit, mandati agere poſſe. ſcilicet, quia valuit mandatum de faciendo poſt mandatoris mortem monumento, & jam ob hoc abeſt mandatario; recte is quod expendit, ab herede exigit contraria mandati actione. *Potuit enim* (ſic pergit Ulpianus *d.* §. *ult.*) *agere etiam cum eo qui mandavit*, *ut ſibi pecuniam daret ad agendum: maxime*, *ſi jam quædam præparavit ad agendum.* Senſus eſt, Adeo non eſſe cauſam, cur mandatarius quod expendit poſt mandatoris mortem, non poſſit contraria actione repetere; ut hanc habeat etiam adverſus ipſum mandatorem, ſi jam eo vivo expenſas fecit præparatione eorum quæ eo mortuo ejus mandato facturus eſt. Sed de Ulpiano ſatis.

CAPUT III.

Deterſa Gajo macula l. 13. *D. Mandati vel contra.*

Tranſeo ad Gajum *l.* 13. *D. Mandati vel contra.* Verba Gaji.

Idem eſt, *& ſi mandavi tibi*, *ut poſt mortem meam heredibus meis emeres fundum.*

Fert autem mea opinio, continuari a Gajo quæſtionem, ab Ulpiano in *l.* 12. §. *ult. D. eod. tit.* inchoatam; & hoc indicari primis Gaji verbis, *Idem eſt*, *& ſi.* Ita non loquitur Gajus de mandato, quo quis in genere jubeatur, fundum heredibus emere poſt mortem mandatoris; ſed fundum ad hereditarium monumentum. Eſt ſane apud Ulpianum *l.* 14. §. 3. *D. de religioſis*, & aliquoties in Veteribus Inſcriptionibus, mentio empti ad monumentum loci aut fundi: nec fuerit ineptius, quem mandare, ut poſt mortem ſuam quis ei fundum emat ad hereditarium ſepulchrum; quam eum mandare, ut quis ei monumentum faciat poſt ejus mortem. Quid frontem contrahis? quia reſiſtunt Gaji verba: latius enim patent, quam ut patiantur, ſe reſtringi ad fundum monumento ſepulchrove neceſſarium. ubi enim ſepulchri aut vola aut veſtigium? deinde, ſi heredibus emitur fundus, an ſepulchro emitur? aut, ſi monumento emitur, an heredibus emi videtur? poſtremo quis neſcit, quod religioni dicatur, deſinere heredum eſſe; etſi eorum ante fuerit? Facit tamen, quam dixi, Gaji & Ulpiani connexio in *d. l.* 12. §. *ult. & l.* 13. ut auſim Gaji verba coarctare intra mandatum de emendo poſt mortem fundo in uſum ſepulchri: atque eo magis; quia, ut dixi, nihil abſurdi aut inſoliti habet tale mandatum: ſed nec extat, cur magis alicui jus ſit mandare, Heredibus ſuis poſt mortem ſuam emi fundum, qui non ſerviat in monumenti aut ſepulchri uſum: quam domum, equum, bovem, ſervum, aut quodcumque aliud; de quo emendo mandatum poſt mandantis mortem concipi non poſſe, ſupra demonſtravi. Urunt tamen te, ſat video, clara

Digitized by Google

Gaji verba, *Idem eſt, & ſi mandavi tibi, ut poſt mortem meam heredibus meis emeres fundum.* Verum age, videamus, ne quæ Gajo nocuerit mala manus, non intellectis Siglis quibus ſcriptus fuerit optimus locus. Sic ſuſpicor; & ideo Gajum, donec doctior quis alicunde adferat quid probabilius, ita reſtituam. *Idem eſt, & ſi mandavi tibi, ut poſt mortem meam* H. M. *fundum emeres.* Id vero ſic exponam. *Idem eſt, & ſi mandavi tibi, ut poſt mortem meam* hereditario monumento *emeres fundum.* Sane *hereditarium ſepulchrum* eſſe, idem Gajus ait, quod quis ſibi heredibuſque, ſicut *familiare*, quod quis ſibi familiæque ſuæ, conſtituit *l.* 5. *D. de religioſis.* porro quo animo fiant monumenta, ipſis inſcribi ſolere, Ulpianus auctor eſt *l.* 6. *D. eod. tit.* & probant hæc & ſimilia Sigla apud Valerium Probum, & alios, H. M. AD. H. N. T. id eſt, *hoc monumentum ad heredes non tranſit*: item, H. M. H. N. S. id eſt, *hoc monumentum heredes non ſequitur.* Igitur cum in *d. l.* 13. hæ reperirentur literæ, H. M. facile accidit; ut, cum legendum eſſet, *hereditario monumento*, imprudentior Librarius ſcriberet, *heredibus meis*, cum utrumque iiſdem ſignificari literis ſoleret. utique H. I. *hereditario jure*, & HEM. M. *heredem meum*, denotare, ex Diacono conſtat.

CAPUT IV.

In l. 18. §. 2. D. de mortis cauſa donationibus non mandatum eſſe, ſed fideicommiſſum.

Supereſt, ut ad Julianum veniamus, & reſpondeamus Franciſco Hotmano *lib.* 2. *Amicabilium Reſponſionum c.* 38. exiſtimanti, mandatum, poſt mandatoris mortem conceptum, poſt eam valere; etſi non ſemper, quod volebat Jacobus Cujacius *lib.* 1. *Obſerv. c.* 38. ſed ſi mandetur, quod demum poſſit poſt ejus mortem impleri: tale enim mandatum non contractu mandati & actu inter vivos cenſeri; ſed haberi ultimæ ſpeciem voluntatis. At Hotmanum ratio refutat: confundit enim mandatum, quod inter vivos contrahitur conſenſu, cum mandato quod a teſtatore datur in teſtamento: hoc enim a Veteribus annumerari ultimis voluntatibus, rationis eſt. ſed quis. Veterum docuit Hotmanum, mandatum, duorum conſenſu perfectum, actum ultimæ voluntatis, non contractum inter vivos, videri? nemo unus. quamquam utitur Hotmanus auctoritate Juliani *l.* 18. §. 2. *D. de mortis cauſa donationibus.* Verba Juliani, ſi quis inſpicere velit, appoſui. ea verba ſunt.

Titia chirographa debitorum ſuorum, Septicii & Mævii, donatura illis Ageriæ dedit: & rogavit eam, ut ea, ſi deceſſiſſet, illis daret; ſi convaluiſſet, ſibi redderet: morte ſecuta, Mævia Titiæ filia heres extitit: Ageria autem, ut rogata erat, chirographa Septicio & Mævio ſupraſcriptis dedit. Quæritur, ſi Mævia heres ſummam quæ debebatur, ex chirographis ſupraſcriptis petat, vel ipſa chirographa: an exceptione excludi poſſit? Reſpondit, Mæviam vel pacti conventi vel doli mali exceptione ſummoveri poſſe.

Sed nihil ad rem pertinet Julianus; ſpeciem quam tractat conſiderantibus. non eſt enim in ea mandatum, de quo quærimus: magis fideicommiſſum eſt, quod egreditur propoſitæ quæſtionis terminos. Species hæc eſt. Titia cum haberet duos debitores, Septicium & Mævium; velletque ſua chirographa eis donare mortis cauſa, dedit, ſive donavit ea Ageriæ; & rogavit eam, ut ſi deceſſiſſet, ea chirographa daret Septicio & Mævio; ſin convaluiſſet, ſibi redderet. deinde mortua eſt Titia: ei heres extitit Mævia, ejus filia. Ageria Septicio & Mævio chirographa ita, ut rogata erat, dedit. Mævia vero, Titiæ heres, ſummam quæ debebatur, petit ex chirographis ſupraſcriptis, vel ipſa chirographa. Quæritur, an recte? Sed non placet Juliano. imo ait, Mæviam vel pacti conventi, vel doli mali, exceptione removeri poſſe: non aliam ob cauſam, quam quia Titia, cum vellet chirographa ſua debitoribus ſuis, Septicio & Mævio, mortis cauſa donare, ea dedit Ageriæ: ac rogavit eam, ut ea ſibi, ſi convaluiſſet; ſin aliter, Septicio & Mævio reſtitueret. Ita licuit Ageriæ, quamvis poſt Titiæ mortem, chirographa dare Septicio & Mævio: quia non reddidit eis Titiæ chirographa ex mandato Titiæ; ne quis dicat, mandatum morte diſſolvi: ſed ſua ex fideicommiſſo. Atqui, inquies, nulla intervenit inter Ageriam & Septicium ac Mævium ſtipulatio aut conventio. Sic eſt; & ideo non potuere Civili Jure Septicius & Mævius ab Ageria petere chirographorum reſtitutionem: tantum poterat Mævia, Titiæ heres, ea condicere, ceſſante in reſtitutione Ageria. Verum id non obſtabat, quo minus Ageria, ſi chirographa ultro daret Septicio & Mævio, jure dare videretur: & ſi a Mævia Titiæ herede conveniretur, ſe tueri poſſet exceptione: utique poſt Conſtitutionem D. Pii *l.* 77. *D. de legatis lib.* 1. Nil quoque impediebat, quo minus Ageria a Septicio & Mævio, etſi nulla interveniſſet ſtipulatio, juxta Titiæ voluntatem conveniretur: non quidem ex regulis Juris, neque dicta actione; ſed actione utili ex D. Pii, de qua dixi, Conſtitutione *l.* 37. §. 3. *D. de legatis lib.* 3. Actione, inquam, utili: quam Alexander actionem fideicommiſſi appellat *l.* 1. *C. de donationibus cauſa mortis.* Sic cenſeo. atque eam Juris formam, cum veteris, tum novi ex benig-

na

na Principum interpretatione, etiam in donatione ſub modo facta obſervant Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 3. *C. de donationibus quæ ſub modo, vel conditione, vel certo tempore conficiuntur.* Igitur, ut ad Julianum revertar, ſi Mævia, ut poteſt ex ſubtilitate Juris, experiatur adverſus Ageriam, cum qua pacta fuit Titia, recte ait Julianus, eam exceptione pacti conventi removeri poſſe: ſi vero adverſus Septicium & Mævium, exceptione doli mali. ſic enim Julianum interpretatur Ulpianus *l.* 3. §. 2. *D. de liberatione legata:* & præterea ait *l.* 10. §. 2. *D. de pactis*, quod *Plerumque ſolemus dicere, doli exceptionem ſubſidium eſſe pacti exceptionis. quoſdam denique, qui exceptione pacti uti non poſſunt, doli exceptione uſuros, & Julianus ſcripſit, & alii plerique conſentiunt.*

Caput V.

Ex Senatuſconſulto, temporibus Imperatoris Claudii facto, in Urbe licuiſſe patruo fratris ſui filiam uxorem ducere, florentibus Juriſconſultis, ex quibus collecta ſunt Pandectarum fragmenta. An in Provinciis quoque? non videri. Quæ in Urbe ſunt ſingulari ratione conſtituta, non fuiſſe utique in Provinciis recepta. Gajus l. 55. D. de ritu nuptiarum expoſitus ope Inſcriptionis. Interpolatum videri quemdam ejuſdem Gaji locum, qui eſt lib. 1. Inſtitutionum, tit. de matrimoniis §. 3. Rejecta Franciſci Hotmani ſententia.

Placuit vetere Romanorum jure (de quo Plutarchus, *Quæſtion. Roman. Edit. Pariſ. pag.* 265. *tom.* 2. a Juſto Lipſio adductus, *ad lib.* 12. *Annal. Taciti c.* 7. *n.* 16.) ne quis uxorem duceret fratris aut ſororis filiam: &, ſi contra faceret, ut inceſtæ haberentur nuptiæ. Sed id jus, quoad fratris filiam, mutatum fuit, Imperatore Claudio: quem Suetonius, ejus vita *c.* 26. ſcribit, illecebris Agrippinæ, Germanici fratris ſui filiæ, per jus oſculi & blanditiarum occaſiones pellectum in amorem, ſubornaviſſe proximo Senatu, qui cenſeret, cogendum ſe ad ducendum eam uxorem, quaſi reipublicæ maxime intereſſet, dandamque cæteris veniam talium conjugiorum quæ ad id tempus inceſta habebantur. Formam autem Senatuſconſulti exhibet Tacitus *lib.* 12. *Annal. c.* 7. cum ſic loquitur, *Senatumque ingreſſus* (Claudius) *decretum poſtulat, quo juſtæ inter patruos fratrumque filias nuptiæ etiam in poſterum ſtatuerentur.* Sed id Senatuſconſultum, quia nominatim loquutum fuit de fratris, non de ſororis, filia, ſtricte acceptum videtur: ut pleraque quæ contra regulas Juris ſingulari ratione introducuntur. Ita cœpit quidem in fratris filia jus novum obtinere; in ſororis autem filia antiquum obſervatum fuit. Maxime, poſtquam Imperatori Nervæ placuit, quibuſdam, ut fit, laxius Senatuſconſulti indulgentiam accipientibus, prohibere, quod Xiphilinus refert, uxorem duci ἀδελφιδῆν: id eſt, filiam non fratris, ſed ſororis; ut optime interpretantur Clariſſimi Viri, Jacobus Cujacius *lib.* 13. *Obſerv. c.* 16. Franciſcus Hotmanus, *De ritu nuptiarum c.* 5. & Petrus Pithœus *Notis ad Collationem legum Moſaicarum & Romanarum, tit.* 6. Juvatque hanc interpretationem, quod adhuc Marcus Antoninus, is qui Philoſophus appellatur, deinde filiam ſuam Lucillam deſpondit fratri ſuo Ælio Vero: ut Capitolinus ſcribit, *vita M. Antonini Philoſophi c.* 7. nec putavit vir non minus ſanctus, quam ſapiens, ſe quidquam facere populi Romani legibus aut moribus contrarium. Sed & Veteres Juriſconſulti qui in Digeſtis diſputant de nuptiarum prohibitione, quæ incidit in tertium lineæ tranſverſæ gradum, meminere quidem filiæ ac neptis ſororis, ſed non fratris *l.* 56. *l.* 39. *D. de ritu nuptiarum. l.* 11. *l.* 38. *D. Ad legem Juliam de adulteriis*; item avunculi, ſed non patrui *l. ult. D. de condictione ſine cauſa*, & *l.* 57. §. 1. *D. de ritu nuptiarum:* ut idem obſervavit Dominus Cujacius *d. lib.* 13. *Obſerv. c.* 16. & *ad Novell.* 12. Id vero quo pertinet? niſi ut intelligamus, Senatuſconſultum Claudianum tempore mediæ Juriſprudentiæ ſine interruptione viguiſſe: atque adeo nihil intercedere, quo minus apud Pariatorem Legum Moſaicarum & Romanarum *d. tit.* 6. ita ſcribatur ab Ulpiano, *libro ſingulari Regularum, ſub tit. De nuptiis. Inter cognatos autem ex tranſverſo gradu olim quidem matrimonia contrahi non poterant, nunc autem ex tertio gradu licet uxorem ducere, ſed tantum fratris filiam, non etiam ſororis.*

At turbas movet Gajus *l.* 55. §. 1. *D. de ritu nuptiarum:* cum ſic ait. *Patris adoptivi mei matrem, aut materteram, aut neptem ex filio, uxorem ducere non poſſum: ſcilicet, ſi in familia ejus ſim. alioquin ſi emancipatus fuero ab eo, ſine dubio nihil impedit nuptias: ſcilicet, quia poſt emancipationem extraneus intelligor.* Sed videamus, ne Gajus non ad Urbicum, ſed ad Provinciale, Jus reſpiciat; nolitque, in propoſito quod Romæ, idem in Provinciis, obtinere. Mihi ſane ſic ſedet; atque eo verius: quia nec alibi, quidquid in Urbe ſingulari jure recipitur, etiam ad Provincias porrigitur.

Indicium mihi, quod de delegatione juriſdictionis fideicommiſſariæ ita Suetonius lo-

quitur in *Claudio c.* 23. *Juriſdictionem de fideicommiſſis quotannis, & tantum in urbe delegari magiſtratibus ſolitam, in perpetuum, atque etiam per provincias poteſtatibus demandavit.* Sed & Ulpianus *in Fragm. tit.* xi. §. 1. ſic ſcribit, *Ex lege Julia de maritandis ordinibus tutor datur a Prætore urbis ei mulieri virginive quam ex hac ipſa lege nubere oportet, ad dotem dandam, dicendam, promittendamve, ſi legitimum tutorem pupilla non habeat. Sed poſtea Senatus cenſuit, ut etiam in provincia quoque ſimiliter a Præſidibus earum ex eadem cauſa tutores dentur.* Præterea ceſſio bonorum, quæ debitoribus qui ſolvendo non ſunt, Lege Julia indulta eſt ad evitationem carceris, initio quidem intra Urbem atque Italiam obtinuit; ſed ad Provincias non pertinuit, antequam novis Prioeipum Conſtitutionibus etiam ad eas porrigeretur. Teſtes Diocletianus & Maximianus *l.* 4. *C. Qui bonis cedere poſſunt. Legis Juliæ de bonis cedendis beneficium conſtitutionibus Divorum noſtrorum parentum ad provincias porrectum eſſe, ut ceſſio bonorum admittatur, notum eſt.*

Poſſem plura adferre; ſed hæc ſuffecerint, ut demonſtrem, ſæpe in Urbe permitti ſingulari jure, quod in Provinciis non æque conceditur per conſequentiam. neque adeo faciam quidquam a ratione alienum; ſi dicam, ex Senatuſconſulto Claudiano in Urbe, atque intra Italiam, quidem fuiſſe juſtum patri cum fratris filia matrimonium; in Provinciis autem fuiſſe inceſtum: & hoc Gajum voluiſſe *d. l.* 55. §. 1. Nec abhorret ab hac conjectura loci Inſcriptio: quæ habet, *Gajus lib.* 11. *Ad Edictum Provinciale*; ac, niſi fallor, clare oſtendit, Gaji ſermonem non de Edicto Urbico, ad quod etiam ſcripſiſſe eum apparet ex Indice Pandectarum, & *l.* 5. *D. de adimendis vel transferendis legatis*, ſed de Provinciali Jure eſſe.

At enim idem Gajus *lib.* 1. *Inſt. tit. De matrimoniis* §. 3. indiſtincte ſcribit, *Fratris quoque & ſororis filiam uxorem ducere non licet.* Quid, ſi dicam, Gajum ab Aniano inflexum eſſe ad ſeculi morem ſui? ita ſane Pithœus, *Notis ad d. tit.* 6. Quo jure? optimo: ſi cogitemus, quod, cum Gajus hoc in Inſtitutionibus ſcripſit, contrarium in Urbe jus fuit: id eſt idem quod fuit tempore Ulpiani. ſcripſit enim Gajus Inſtitutiones poſt exceſſum Antonini Pii: ut oſtendit *l.* 1. *D. de his qui ſui vel alieni juris ſunt*; quæ eſt ex *Gaji lib.* 1. *Inſtitutionum*; & allegat Conſtitutionem Antonini, id eſt, Pii; ſed Divi, id eſt, jam mortui: ſub Antonino autem Philoſopho qui Pio ſucceſſit, juſtum fuiſſe patrui cum fratris filia matrimonium, jam evici eo quod is Imperator filiam ſuam Lucillam uxorem dedit Ælio Vero: id eſt, fratri ſuo adoptivo. Expoſui meam, & puto, veram ſententiam.

Alia eſt Franciſci Hotmani, hominis inclyti & eruditi, *De ritu nuptiarum c.* 5. is exiſtimat, moribus permiſſum ex Senatuſconſulto Claudiano fuiſſe matrimonium patrui cum fratris filia; non omni, ſed naturali, non etiam adoptivo: atque ita Gajum cum Ulpiano, cæteriſque Juriſconſultis eſſe componendum. Sed Hotmanum refutat ratio: etiam exemplum Imperatoris Antonini Philoſophi: quem dixi filiam ſuam Lucillam in matrimonium dediſſe Ælio Vero fratri ſuo, non naturali, ſed adoptivo: ut apparet ex Capitolino, *Antonino Pio c.* 4. & Spartiano, *Adriano c.* 23. Non igitur naturalem fratrem ab adoptivo in hac ſpecie diſtinxerunt Veteres: ſed Jus Urbanum a Provinciali.

Plane fuiſſe eam diſtinctionem aliquando in Syria neglectam ut opiner, facile adducor Edicto Impp. Diocletiani & Maximiani, Damaſci, quæ urbs eſt in Syria, dato, Tuſco & Anulino Conſulibus. extat id in *d. tit.* 6. atteſtatur vero, in ea Provincia *complures pecudum ac ferarum ritu ad illicita connubia inſtinctu exercendæ libidinis ſine ullo reſpectu pudoris ac pietatis irruiſſe.* Sed hæc facti eſſe, ex ipſo Edicto conſtat, vel me tacente. Illo porro Edicto cum ſic cavetur, *Sed & poſt hanc, religionem ſanctitatemque in connubiis copulandis volumus ab unoquoque ſervari, ut ſe ad diſciplinam legeſque Romanas meminerint pertinere, & eas tantum ſciant nuptias licitas quæ ſunt Romano jure permiſſæ:* non reſtituitur, ſed inducitur forma Juris Romani, ſive Urbici: nec ubique in Provinciis, ſed in Syria. ita ad hanc pertinet tantum, quod deinde additur, *Cum quibus autem perſonis tam cognatorum, quam affinium numero contrahi non liceat matrimonium, hoc Edicto noſtro complexi ſumus: cum filia, nepte, pronepte, matre, avia, proavia: & ex latere amita, ac matertera, ſororis filia, & ex ea nepte.* Atque ut hoc jus eo Edicto a Diocletiano & Maximiano eſt ſpecialiter poſitum Syriæ, ita ibi rurſus abrogatum a Canſtantino & Conſtantio *l.* 1. *Cod. Theod. de inceſtis nuptiis*, indicante loci Inſcriptione, quæ eſt *ad Provinciales Fenices.* quod eſt ſummopere notandum. nec minus, explicandam ad hunc modum eſſe *l.* 17. *C. de nuptiis*, quæ eſt deſumpta ex Edicto Diocletiani & Maximiani quo de monui: ut ex tenore, etiam ex Inſcriptione & Subſcriptione *d. l.* 17. liquet. hæc autem ejus verba, *Præterea fratris filia & ex ea nepte*, cum in Edicto deſint, Triboniani eſſe, jam deprehendit diligentia Jacobi Gothofredi, V. Cl. *ad d. l.* 1. *C. Theod.*

CAPUT

CAPUT VI.

Ulpianus levi mendo liberatus l. 45. §. 6. D. de ritu nuptiarum.

Hoc capite liberabo Ulpianum levi mendo quod nondum, quantum memini, expunxere Doctiſſimi Viri. Sed primum adſcribam Ulpiani verba: ea verba *l. 45. §. 6. D. de ritu nuptiarum* hæc ſunt.

Si ab hoſtibus patronus captus eſſe proponatur, vereor, ne poſſit iſta connubium habere nubendo: quemadmodum haberet, ſi mortuus eſſet. Et qui Juliani ſententiam probant, dicerent non habituram connubium: putat enim Julianus, durare ejus libertæ matrimonium etiam in captivitate, propter patroni reverentiam. Certe ſi in aliam ſervitutem patronus ſit deductus, procul dubio diſſolutum eſſet matrimonium.

In omnibus codicibus ita conſtanter legitur circa initium, *Vereor, ne poſſit:* eaque verba V. CL. Ludovicus Ruſſardus, *Marginalibus Notis*, ſic accipit, quaſi neget Ulpianus, libertam, capto ab hoſtibus patrono cui nupta erat, habere jus connubii cum alio; quemadmodum haberet, ſi mortuus eſſet patronus. Nec nego, id egiſſe Ulpianum, quod intendit Ruſſardus: veriſſimum enim eſt eo ſeculo ſed Ruſſardi interpretationem convenire Ulpiani verbis nego; ſi, ut decet, ſervamus verborum proprietatem. apud Latinos enim hoc, *Vereor, ne poſſit habere* liberta, non ſonat, *Puto, non habere* libertam; quod exiſtimaſſe videtur Ruſſardus: ſed, *Puto, eam habere poſſe.* affirmat igitur, non negat: ut in illo Tryphonini *l. 67. §. 3. D. eod. tit. Finita jam tutela, & nupta puella alii, vereor, ne longum ſit, adoptionem mariti ejus impedire.* Tryphoninus ait, putare ſe, longum eſſe, adoptionem mariti impedire; ſi puellæ tutor, finita tutela, & puella alii nupta, velit ejus maritum adoptare. Qui igitur ceſſo, corrigere Ulpianum *d. §. 6. l. 45.* & legere? *Si ab hoſtibus patronus captus eſſe proponatur, vereor,* ne non *poſſit iſta connubium habere nubendo.* Senſus veriſſimus, Puto, libertam, capto ab hoſtibus patrono, non poſſe connubium habere nubendo. Et ad hunc modum ipſe Ulpianus *l. 9. §. 1. D. de jure dotium*, *Et*, inquit, *vereor*, ne non *poſſint in dominio ejus effici cui datæ ſunt.* Senſus, Puto non poſſe in dominio ejus effici. Eadem forma Paulus *l. 48. §. 1. D. de adquirendo rerum dominio.* Verba Pauli. *Pomponius verendum*, ne non *ſit bonæ fidei poſſeſſor quamvis capiat.* Paulus ſignificat, Pomponium judicare, non eſſe bonæ fidei poſſeſſorem, quamvis capiat.

CAPUT VII.

Quomodo fiducia, pignus, & hypotheca, *apud Veteres diſtinguantur? Iſidorus emendatus.*

Ambroſius, *De Tobia c. 12.* hypothecam, pignus, & fiduciam diſtinguit: cum, *Hypothecas*, inquit, *flagitat, pignus uſurpat, fiducias vocat.* Sed quomodo, videamus. puto autem, Hypotheca proprie dicitur, cum debitor rem creditori obligat nudo pacto, quamquam non interveniente poſſeſſionis traditione. Pignus, cum debitor poſſeſſionem creditori tradit *l. 9. §. 2. D. de pignoratitia actione:* ita ut ſoluto debito, aut cum aliter creditori ſatisfactum erit, eadem poſeſſio ſibi reſtituatur. Fiducia, cum debitor rem creditori non dicam tradit, ſed per æs & libram mancipat, vel in jure cedit; hac lege, ut debito creditori perſoluto, eadem res debitori a creditore remancipetur. Eam differentiam notat Iſidorus *lib. 5. Originum c. 25. pag. 932.* his verbis. *Inter pignus & hypothecam hoc intereſt, Pignus eſt enim quod propter rem creditam obligatur: cujus rei poſſeſſionem ſolam ad tempus conſequitur creditor. cæterum dominium penes debitorem eſt. Fiducia eſt, cum res aliqua ſumendæ mutuæ pecuniæ gratia vel mancipatur: vel in jure ceditur. Hypotheca eſt, cum res aliqua commodatur ſine depoſitione pignoris pacto vel cautione ſola interveniente.* Sic editur. ſed ſcribo, *Hypotheca eſt, cum res aliqua obligatur*, vel ſi mavis, *connodatur, ſine depoſitione pignoris, pacto vel cautione ſola interveniente.* Nihil enim commune hypothecæ cum commodato: neque uſquam legimus, ut hypotheca ſit, rem ſine pignoris depoſitione *commodari*, pacto vel cautione ſola interveniente; ſed rem hypothecæ, pacto vel cautione interveniente *obligari*, recte dicimus *l. 4. D. de pignoribus & hypothecis.* eodemque ſenſu ſcribi poteſt, & propius a recepta lectione, *connodari.* puto autem, *connodare* dici; ut *connectere, conligare, conjungere, conficere, conadunare*, & plura alia. Hoc quoque vere addit Iſidorus, quod hypotheca eſt, cum res pacto obligatur *ſine depoſitione pignoris.* Id enim valet, ſine traditione poſſeſſionis ad tempus: quam in pignore fieri, Iſidorus ait. Unde *poni* & *deponi* dicitur *pignus*, apud Paulum *l. 36. D. de condictione indebiti*; & *lib. 2. Sent. tit 5. §. 1.* & in *Rubrica IV. ejuſdem libri*, quæ eſt, *De commodato, & depoſito pignore fiduciave.* Sed ea depoſitio, ſive traditio, quia nulla neceſſaria eſt in hypotheca; ut

ante demonſtravi ex *d. l. 9. §. 2. D. de pigneratitia actione*; optime Iſidorus ait, *hypothecam* eſſe, cum res aliqua obligatur ſine depoſitione pignoris, pacto vel cautione ſola interveniente. Quod & Juſtinianus probat §. 7. *Inſt. de actionibus.* Cæterum, ſicut inter pignus & hypothecam, ſic inter pignus & fiduciam intereſt. Nam in pignore nulla fit ceſſio vel mancipatio; ſed nuda traditio: in fiducia vero non fit nuda traditio; ſed ſolemnis mancipatio, vel in jure ceſſio. In pignore igitur non dominium, ſed poſſeſſio, creditori traditur; donec ei ſolvatur *l. 34. §. 1. D. de pigneratitia actione*: in fiducia vero, donec ſolvatur, creditori non poſſeſſio, ſed dominium datur; & ideo poteſt creditori pignus a debitore vendi: quia in dominio debitoris manet, auctore Tryphonino *l. 12. D. de diſtractione pignorum*: fiducia creditori a debitore vendi non poteſt: ut Paulus refert *lib. 2. Sentent. tit.* 13. §. 5. quia ſuæ rei emptio non valet *l. 16. D. & l. 4. C. de contrahenda emptione.* præterea ſervis *ſuis* legatis, placet quidem, quos quis pignori hypothecæve dedit, contineri *l. 73. §. 2. D. de legatis lib.* 3. ſed quos fiduciæ dedit, non contineri; auctore Paulo *lib. 3. Sentent. tit.* 8. §. 52. porro ſoluto debito, debet quidem creditor pignoris poſſeſſionem quæ corporalis apud eum fuit, reſtituere; nec quidquam amplius præſtare cogitur *l. 40. §. 2. D. de pigneratitia actione.* at fiduciam non modo tradere, ſed remancipare cogitur: ut Paulus docet *d. lib. 2. Sentent. tit.* 13. §. 5. altera in ſpecie debitori actio pigneratitia, in altera de fiducia, adverſus creditorem datur. *dd. loc.* ita hic omnis fiducia eſt pignus; ſed non omne pignus eſt fiducia.

CAPUT VIII.

Fuiſſe Prætori cauſam juſtam & neceſſariam in Edicto ſuo proponendi actionem Servianam, & mox quaſi Servianam, quæ alias hypothecaria appellatur. Et quænam fuerit illa ratio.

Superiore capite dixi de differentia hypothecæ, pignoris, & fiduciæ: ſequente ejus uſum exponam. nam & ea pulchra atque elegans inſpectio eſt. Hypotheca debetur Juri non Civili, ſed Prætorio. Auctor Paulus *l. 17. §. 2. D. de pactis*; cum ait, *De pignore jure honorario naſcitur pacto actio.* Et ita eſt: de hypotheca (pignus enim pro hypotheca dixit Paulus) ex pacto naſcitur actio: quia id pactum Prætoris Edicto confirmatur, ipſa volente utilitate. nam hypotheca, nudo pacto facta, ante hoc Edictum nullius momenti erat Jure Civili. pignore vero tradito, erat creditori, ſi a debitore in rem actione conveniretur, retentio oppoſita exceptione. naſcebatur & actio pigneratitia directa & contraria *t. t. D. de pigneratitia actione vel contra.* utraque in perſonam erat, atque inter debitorem & creditorem obtinebat: ſed nulla erat in rem actio qua creditor, amiſſa poſſeſſione, adverſus tertium poſſeſſorem experiretur: quia creditor, quamquam poterat dicere, debitorem ſibi teneri ex contractu pigneratitio; non tamen poterat dicere, ſuam rem eſſe quæ ei pignori tradita erat. multo minus poterat id dicere creditor, ſi ei ne tradita quidem res eſſet, ſed nuda conventione obligata. Igitur ut dominium, ſimul in rem actio, ei competeret adverſus qualemcumque poſſeſſorem; neceſſe erat, ei pignus a debitore in jure cedi apud Prætorem, vel ex jure Quiritium mancipari, contracta fiducia: hoc eſt, ita ut ei ſoluto debito remanciparetur. Erat porro hominibus incommodum, in quibuſcumque rebus, & majoribus & minoribus, & in urbe & ruri, & præſentes & abſentes; & in Italia & in provinciis, ſolemnitates adhibere quas in fiducia intervenire oportuit. Ut enim præterea eam ſolemnia verba quæ tantum inter præſentes pronuntiari jus erat; non erat ſemper, neque ubique copia quinque civium Romanorum puberum, præter libripendem, ut mancipatio fieri poſſet, aut Prætoris, ut in jure ceſſio fieret. adde, quod mancipatio tantum in rebus mancipi, & inter cives Romanos, Latinoſque colonarios, & Latinos Junianos; obtineret: non etiam in rebus nec mancipi, neque inter peregrinos; niſi ſi quibus commercium datum eſſet: auctore Ulpiano *in Fragm. tit.* 19. Igitur in re difficili & neceſſaria Prætor ſuccurrit. is motus utilitate contrahentium, Edicto promiſit, ſervaturum ſe hypothecas, nuda conventione obligatas, primum in invectis & inductis atque illatis in prædium ruſticum, deinde in reliquis omnibus §. 7. *Inſt. de actionibus. d. l. 17. §. 2. D. de pactis. l. 4. D. de pignoribus & hypothecis.* Nec ad rem pertinere exiſtimavit, utrum mancipi ſint, an nec mancipi; nec magis deſideravit, ut ex Jure Quiritium obligantis ſint. quin ſufficere voluit, ſi tantum in bonis ejus ſint *l. 6. C. Si aliena res pignori data ſit. l. 15. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis.* Non diſtinxit quoque, utrum cives, an peregrini, præſentes, an abſentes, ſint qui de hypotheca conveniant *l. 23. §. 1. D. eod. tit.* Non etiam diſtinxit, quibus verbis paciſcantur, ſolemnibus, an aliis: ſicut & in his obligationibus quæ conſenſu contrahuntur. & ideo & ſine ſcriptura, ſi convenit, ut hypotheca ſit, & probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. tantum enim, ut conventum ſit, Prætor poſtulat; & fiunt de his ſcripturæ,

ut quod actum eſt, facilius probari poſſit; & ſine his autem valet quod actum eſt, ſi habeat probationem *l.* 4. *D. eod. tit.* Inde ſicut fiducia contracta vel ceſſione, vel mancipatione, poterat eam creditor, quaſi dominus, Jure Civili vindicare a quocumque poſſeſſore: ita, ſi res obligata eſſet nudo pacto, ſive nulla interveniente traditione, ſive aliqua, videbatur creditor, auctoritate Edicti, non quidem dominium, ſed jus in re accepiſſe *l.* 19. *D. de damno infecto*, atque adeo facultatem rem ſibi obligatam, actione Serviana, vel quaſi Serviana, a quocumque poſſeſſore repetendi. Cæterum, quia ea actio creditori datur adverſus qualemcumque poſſeſſorem, ſive creditori data fuerit poſſeſſio, ſive non fuerit, apparet, quantum ad eam attinet, nullam inter pignus & hypothecam eſſe differentiam: præterquam in ſono nominis; etſi alioquin inter hæc maxima ſit: ut recte Marcianus obſervavit, *libro ſingulari Ad formulam hypothecariam*, *l.* 5. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis:* & plenius Juſtinianus *d.* §. 7.

Caput IX.

Antichreſin recte definiri a Jureconſultis, mutuum pignoris uſum; *ab iiſque Claudium Salmaſium*, *V. CL. ſine ratione diſſentire. Marcianus l.* 33. *D. de pigneratitia actione explicitus*, *ſalva vetere lectione adverſus Salmaſium.* Verbum *pro* formula *ibidem & in aliis quibuſdam locis. Idem Marcianus ex conjectura emendatus l.* 11. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis.*

Hoc capite videndum erit, quid antichreſis ſit. cum enim noſtri eam definiant, mutuum pignoris uſum; contra inclamat Salmaſius, *De modo uſurarum c.* 14. *pag.* 611. eos qui ſe profitentur Juriſconſultos, ignorare, quid ſit proprie ἀντίχρησις; rogatque eos, ut velint doceri a ſe, qui non ſit Juriſconſultus. quod enim hactenus creditum ab illis fuerit, antichreſin eſſe *mutuum uſum*, oportere eos nunc dediſcere, & ſcire, *contrarium mutuum* ea voce ſignificari; denique, tantum abeſſe, ut antichreſis ſit mutuus pignoris uſus, ut ne pignus quidem ſit. Movet autem Salmaſium duplex cauſa. una eſt, quod χρῆσις Græcis non ſolum eſt *uſus*, ἀπὸ τοῦ χρῆσθαι; ſed & mutuum, ἀπὸ τοῦ χρῆσαι. inde χρήστης creditor. hinc ergo ἀντίχρησις contrarium mutuum. altera cauſa eſt, quod niſi ἀντίχρησις ſit contrarium mutuum, vix poſſit capi mens Romanorum Juriſconſultorum, in primis Marciani in *l.* 33. *D. de pigneratitia actione*, & in *l.* 11. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis*. mitto Papinianum: apud quem in *l.* 9. §. 2. *D. de ſupellectile legata* extet vera ac germana antichreſis, quæ ex omni parte congruat naturæ mutui.

Sed videamus, ne tanto clamore nihil efficiat Salmaſius. nam quod primum ait, χρῆσιν Græcis non ſolum uſum, ſed & mutuum eſſe, nullius momenti eſt: quia inde non magis ſequitur, antichreſin contrarium mutuum ſignificare, quam mutuum uſum. Age vero, cum corpora Civili Jure quidem utenda dari poſſint, ſed non mutua; aliquone tandem colore Salmaſius, corporibus, verbi gratia, fundis aut ædibus, in antichreſin datis, contrarium interpretatur mutuum? Sed quid certius eſt, conſiderantibus Veterum rationem, quam antichreſin quæ eſt corporum, verbi gratia, ædium aut fundorum, apud Marcianum in *d. l.* 11. §. 1. non contrarium mutuum, ſed mutuum, ſeu vicarium, uſum indigitare? At niſi antichreſis ſit contrarium mutuum; negat Salmaſius, poſſe capi mentem Romanorum Juriſconſultorum. Hoc igitur, age, experiamur. primum utitur Salmaſius duobus Marciani locis, quorum prior in *l.* 33. *D. de pigneratitia actione* forma hac eſt.

> *Si pecuniam debitor ſolverit, poteſt pigneratitia actione uti ad recuperandam ἀντίχρησιν. nam, cum pignus ſit, hoc verbo poterit uti.*

Ait Salmaſius, ἀντίχρησιν in his verbis non eſſe mutuum uſum; ſed fundum in ἀντίχρησιν datum. nam debitorem dici ἀντίχρησιν repetere ac recuperare a creditore, cum, ſoluto debito, fundum ἀντιχρησθέντα recipit. Sit ita: at Marcianus antichreſin vocat pignus; non contrarium mutuum. Atque hoc non ignorat Salmaſius: verum ea verba non Marciani, ſed Triboniani, eſſe exiſtimat: cauſatus, antrichreſin potius contrarium mutuum, quam pignus eſſe. Sed nugas agit Salmaſius. primum enim pro certo ponit ipſum quod eſt quæſtioni. quod quam ineptum ſit, & contra diſputandi rationem, vel me tacente, cuivis apparere poteſt. deinde quid verius eſt, quam antichreſin apud Marcianum non contrarium mutuum ſignificare; ſed pignus creditori datum, ea lege ut ejus fructus percipiat in vicem uſurarum? Quod ut clarius ſit, ſciendum eſt, antichreſin modo accipi pro re quæ in antichreſin datur; modo pro conventione qua antichreſis conſtituitur: pari ratione qua pignus dicimus pro re quæ pignori datur, & pro conventione pignoris; item qua dotem dicimus ipſam pecuniam quæ in dotem datur, & geſtionem ejus negotii. atque hoc quoque cum fateatur Salmaſius, & alias notum ſit, apud Marcianum neque interpretatione con-

tra-

trarii mutui, neque emendatione Salmaſii opus eſt. nam eſt optimus Marciani ſenſus; Debitor accepta mutua pecunia, fundum creditori dedit in antichreſin; id eſt, ita, ut & pignori ei ſit, & mutuo uſui; ſive, uti fructus habeat in vicem uſurarum: is debitor, ſi eam pecuniam creditori deinde ſolverit, poteſt pigneratitia actione uti ad recuperandam antichreſin; id eſt, rem ita pignoratam, ut creditor ejus mutuum uſum, atque adeo ejus fructus habeat in vicem uſurarum. & addit Marcianus rationem, quæ ratio eſt optima; *Nam, cum pignus ſit, hoc verbo poterit uti.* Marciani ſenſus eſt: Cum antichreſis ſit pignus, quid obſtat, quo minus debitor, quod in pignore jus eſt, ſoluto debito, ad recuperandam antichreſin *hoc verbo*, id eſt, hac formula, quæ eſt pigneratitia actio, uti poſſit? Sic mihi videtur: nec quis miretur, me *hoc verbo* pro *hac formula* accipere apud Marcianum. nam & Modeſtinus in *l.* 4. §. 2. *D. de vulgari & pupillari ſubſtitutione* ſimiliter dicit *Commune verbum* pro formula vulgaris ſubſtitutionis: cum ſic ſcribit, *Si alter pubes, alter impubes*, hoc communi verbo, *eoſque invicem ſubſtituo, ſibi fuerint ſubſtituti, in vulgarem tantummodo caſum factam videri ſubſtitutionem.* Imperator quoque Juſtinianus *l.* 35. *C. de inofficioſo teſtamento* in eumdem ſenſum, *Si quando*, inquit, *talis conceſſio imperialis proceſſerit, per quam libera teſtamenti factio conceditur, nihil aliud videri Principem concedere, niſi ut habeat legitimam & conſuetam teſtamenti factionem: neque enim credendum eſt, Romanum Principem qui jura tuetur*, hujuſmodi verbo *totam obſervationem teſtamentorum multis vigiliis excogitatam atque inventam velle everti.* Etiam Conſtantinus *l.* 2. *C. de bonis vacantibus.* Verba Conſtantini. *Si quando adnotationes noſtræ contineant; poſſeſſionem, ſive domum, quam donaverimus, integro ſtatu donatam:* hoc verbo *ea vis continebitur, quam ante ſcribebamus, cum adjacentibus, & mancipiis, & pecoribus, & fructibus, & omni jure ſuo. &c.* Expoſui unum Marciani locum quem temere urget Salmaſius.

Quis alter? extat in *l.* 11. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis*, verbis ſequentibus.

Si ἀντίχρησις *facta ſit, & in fundum aut in ædes aliquis inducatur, eo uſque retinet poſſeſſionem pignoris loco, donec illi pecunia ſolvatur; cum in uſuras fructus percipiat, aut locando, aut ipſe percipiendo; habitandoque. itaque ſi amiſerit poſſeſſionem, ſolet in factum actione uti.*

Sic Marcianus. at quid Salmaſius? Hic, inquit, quæro, an antichreſis quæ facta eſſe dicitur, accipi poſſit pro mutuo uſu: ut vulgo in ipſa lege interpretationis vice inſerunt? & ſubjicit Salmaſius, Non ego putem, ſi ſanus ſim. quid enim eſſet, mutuum uſum facere? at mutuum facit qui mutuum dat, atque ut mediæ Latinitatis auctores locuti ſunt, qui mutuat. ergo, inquit Salmaſius, antichreſin facit debitor qui dat e contrario mutuum tradendo fundum aut ædes, ut creditor ex fructibus & penſionibus percipiat uſurarum compenſationem. alter mutuare, hoc eſt χρῆσαι, alter remutuare, vel ἀντιχρῆσαι dici poteſt. Hic itaque Marcianus ἀντίχρησιν non pro ipſo fundo ἀντιχρησθέντι, ut ſupra, poſuit; ſed pro contrario mutuo. Sic fere Salmaſius. Sed nodum in ſcirpo quærit. primum enim quid mutuo, quod conſiſtit ex rebus quæ pondere, numero, aut menſura conſtant *l.* 2. §. 1. & 3. *D. de rebus creditis*, commune cum fundis aut ædibus de quibus loquitur Marcianus *d. l.* 11. § 1. deinde eſt clarus Marciani ſenſus; Si antichreſis facta ſit, id eſt, ſi conventio ſit facta quam vocamus antichreſin. dicitur enim antichreſis fieri; ſicut dicitur pactum conventum fieri *l.* 7. §. 7. *D. de pactis*, & venditio fieri *l.* 34. §. 1. *D. de contrahenda emptione*, & emptio fieri §. 6. *ejuſdem loci*, & locatio fieri *l.* 4. *D. Locati conducti.* Si, inquam, antichreſis ſit facta, id eſt, ſi conventio facta ſit, quam vocamus antichreſin, ſive mutuum pignoris uſum; & in fundum aut ædes aliquis inducatur, id eſt, & rei antichreſticæ interveniat traditio, quæ traditio fit, inductione in vacuam fundi aut ædium poſſeſſionem; retinet creditor traditam ſibi poſſeſſionem pignoris loco; eo uſque, donec ei ſolvatur pecunia debita. ſcilicet, quia non magis agitur ea conventione, ut creditor utatur re antichreſtica, quam ut eam poſſideat, donec ei ſolvatur debitum. quod quid eſt, niſi ut interim eam habeat pignori? Non eſt igitur antichreſis contrarium mutuum? ſed eſt, ut dixi, mutuus pignoris uſus; eumque habet creditor non vi pignoris; ſed conventionis ei adjectæ. nec tamen ob hujus acceſſionem utilitatis aut non fit pignus; aut tale eſſe deſinit. finge, Mævius Titio ob pecuniam mutuam ædes aut fundum obligavit pignori; & inter eos fit pactum, ut Titius, verbi gratia, fundi fructus perciperet in vicem uſurarum, donec ſolvatur pecunia *l.* 17. *C. de uſuris*; vel ut vice uſurarum domum ejus inhabitaret *l.* 14. *C. eod. tit.* Titio deinde inducto in vacuam fundi aut domus poſſeſſionem, (id enim neceſſe eſt, ut frui poſſit) antichreſis appellatur: nec cauſa eſt, cur non pignus videatur. Atque ita Marcianus *d. l.* 11. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis*; & ideo antichreſin expoſuit *libro ſingulari Ad formulam hypothecariam*: ut conſtat ex Inſcriptione *d. l.* 11. & *d. l.* 33. *D. de pigneratitia actione.* ſed & recte ait in eadem *l.* 33. ſi debitor ſolverit pecuniam, poſſe eum directa pigneratitia actione uti ad recuperandam ἀντίχρησιν: addita cauſa quæ eſt veriſſima, *Nam cum pignus ſit, hoc verbo*, ſive hac formula quæ eſt pigneratitia, *poſſe uti.* Porro ut debitor, ſoluto debito, ad recuperandam antichreſin poteſt pigneratitia actione uti adverſus creditorem: ſic nil impedit, quo minus

nus creditor, ſi ejus poſſeſſionem amiſerit, adhuc conſtante debito, ad poſſeſſionis repetitionem hypothecaria actione utatur adverſus qualemcumque poſſeſſorem. id enim vult Marcianus *d. l.* 11. §. 1 ſequentibus verbis. *Itaque ſi amiſerit poſſeſſionem, ſolet hac actione uti.* Sic lego, *hac actione*; eaque intelligo formulam hypothecariam. quamquam in omnibus exemplaribus, etiam Florentiæ, legitur, *ſolet in factum actione uti.* Sed pro actione hypothecaria quam mea inducit emendatio, ſtat Titulus, *De pignoribus & hypothecis*, ſub quo Titulo poſitum eſt id Caput. nec Titulus tantum, ſed ipſius quoque Inſcriptio Capitis: quæ Inſcriptio eſt, *Marcianus lib. ſingulari Ad formulam hypothecariam.* Taceo, quod nuſquam datur creditori in factum actio ad vindicandam poſſeſſionem; cum hypothecaria hunc in finem detur ſemper. poſtremo ſi antichreſis eſt pignus, ut Marcianus cenſet, & res loquitur: quid ni in ea locum habeat hypothecaria, ſive quaſi Serviana actio? quam certum eſt in rem eſſe *l.* 17. *D. de pignoribus*, & creditori pro vindicando pignore competere adverſus qualemcumque poſſeſſorem. Sed hoc vel Marcianus *d. libro ſingulari Ad formulam hypothecariam* docet *l.* 16. §. 3. *D. eod. tit.* Nec igitur audiendus Scholiaſtes Græcus, *lib.* 25. *Baſilic. tit.* 2. *Scholio ad d. l.* 11. *D. de pignoribus*, *lit. S. pag.* 49. *tom.* 4. cum, *Non*, inquit, *Serviana*, *ſed in factum. non enim proprie pignus eſt*, *ſed pignoris loco antichreſin habet.* Nam apud Marcianum pro, *Si amiſerit poſſeſſionem*, *ſolet in factum actione uti*, ſicut dixi, legendum, *Si amiſerit poſſeſſionem*, *ſolet hac actione uti*, uſitata in Pandectis ratione: in quibus toties legitur, *Hæc actio*, vel, *In hac actione*, vel, *Hanc actionem*, nullo præterea addito; ut id probare pluribus ſi velim, fuerit forſan anxiæ atque etiam ineptæ diligentiæ. Nec tamen omiſerim, quod qualis actio tali intelligatur locutione, aliquando ex Rubrica, aliquando non ex ea, ſed ex ipſius Inſcriptione Capitis, aliquando ex utraque, cognoſcitur. Sic in *l.* 23. §. 8. *D. Ad legem Aquiliam*, in qua Ulpianus, *Hanc*, inquit, *actionem & heredi, ceteriſque ſucceſſoribus dari conſtat. Sed in heredem vel ceteros hæc actio non dabitur, cum ſit pœnalis*, exaudienda legis Aquiliæ actio eſt: quam & Rubrica & loci Inſcriptio indigitat. In *l.* 13. §. 1. *D. de pigneratitia actione*, cum ait Ulpianus, *Venit in hac actione dolus & culpa.* &c. ſignificatur actio pigneratitia: de qua loquitur Rubrica. Sed non hæc tenenda via eſt in *l. ult.* §. 1. *&* 6. *D. Nautæ, caupones, ſtabularii.* Verba utriuſque loci adſcripſi: ea verba ex §. 1. hæc ſunt. *Hæc actio in factum in duplum eſt.* In §. 6. talia ſunt. *Hæc judicia quamvis honoraria ſunt, tamen perpetua ſunt: in heredem autem non dabuntur.* Vides verba. at quam indigitant actionem? num in factum ex recepto? poſſit imprudenti videri ex Rubrica, ſub qua poſita eſt *d. l. ult.* Sed non ita eſt. habet ea actio pro cauſa ſua *receptum*, id eſt, conventionem; ut ex Edicto conſtat in *l.* 1. *D. d. tit.* & eſt perſecutoria, atque in heredem datur *l.* 3. §. 4. *D. eod. tit.* illa vero de qua Ulpianus agit in *d. l. ult.* §. 1. *&* 6. non eſt ex recepto, neque perſecutoria; ſed pœnalis, & quaſi ex maleficio, damno injuria dato ab his quos exercitor navis, cauponæ, aut ſtabuli, ad artis ſuæ exercitium adhibuerit *l.* 5. §. *ult. D. de obligationibus & actionibus.* Eam differentiam indicant Inſcriptiones. nam *d. l.* 3. §. 4. eſt ex Ulpiani lib. XIV. ad Edictum; cum *d. l. ult.* ſit ex ejus lib. XVIII. Illo libro expoſuit Ulpianus Edictum de recepto; ut ex *l.* 1. *D. eod. tit.* apparet. Hoc interpretatus eſt legem Aquiliam cum affinibus Edictis, ut ex pleriſque Ulpiani legibus ſub Titulo ad legem Aquiliam intelligitur. Sed de Marciano: cujus teſtimonio uſus hactenus eſt Salmaſius, vel nimis.

CAPUT X.

Non eſſe probabilem Salmaſii ſententiam circa intellectum l. 9. §. 2. D. de ſupellectile legata. Alius & verus ejus ſenſus demonſtratur, diſpuncta macula quæ eum locum deformavit hactenus.

Veniamus nunc ad Papinianum in *l.* 9. §. 2. *D. de ſupellectile legata*: ſi enim credimus Salmaſio, *De modo uſurarum d. c.* 14. *pag.* 631. habemus ea in lege veram ac germanam ἀντίχρησιν quæ ex omni parte congruat naturæ mutui. Verba Papiniani adſcripſi. ea verba ſunt.

> *Supellectili ſua omni legata, acceptum argentum pignori non continebitur, quia ſupellectilem ſuam legavit, utique ſi non in uſu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, ſed propoſitum propter contractus fidem, & reſtituendæ rei vinculum.*

In his demonſtraturus quod intendit Salmaſius, ait, argentum factum, æque ac numeratum, poſſe mutuum dari: ſicut enim numeratum numero, ſic factum pondere, conſiſtere: addit, & uſu conſumi: nec enim deteri tantum, & utendo minus pondere fieri; ſed formam quoque ſic deperire atque immutari, ut multum de pretio amittat, ac decoquat. ergo ita dari poſſe, Salmaſius opinatur; ut non idem ſpecie, ſed idem genere reddatur; ejuſdem nimirum qualitatis, ponderis, & formæ, ipſum vero hoc, ne obſcurum eſſet, illuſtrat exemplo cochlearium argenteorum quæ quis alteri mutua dederit. ea ſi rupta ſint, aut fiſſa, aut alio modo de-

teriora facta, vel ſi forte etiam ſint deperdita: negat Salmaſius, debitorem reddere poſſe aut debere eadem quæ mutua accepit, ſed alia ejuſdem formæ, bonitatis, ac ponderis. neque ad hunc finem ſubſiſtit: amplius addit, ergo, ut in mutuo ſolet, dominium eorum ad mutuatarium tranſiturum; ut reſtituat cochlearia eadem non ſpecie, ſed genere. tum his præmiſſis, tranſit ad thema *d. l.* 9. §. 2. aitque, eo in themate quemdam legaviſſe omnem ſuam ſupellectilem; & quæſitum eſſe, an pignori acceptum argentum legato contineretur: Papinianum vero reſpondiſſe, non contineri. quæſo, quam ob rem? quia, inquit Salmaſius, non ſupellectilem alienam legavit teſtator, ſed ſuam. at argentum factum pignori acceptum, non ſuum eſt creditori, ſed alienum. & ex Papiniano ſubjicit, *Utique ſi non in uſu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, ſed propoſitum propter contractus fidem ac reſtituendæ rei vinculum.* Ex his vero verbis colligit Salmaſius, ſi itaque illud argentum debitor creditori mutuum per ἀντίχρησιν utendum dederit, tum legato contineri; nam ſuum factum eſſe creditoris. hunc enim pecuniam numeratam alicui dediſſe mutuam: illum contra huic argentum factum. reciproci eſſe χρῆσιν, ſive mutuationem; argenti numerati ab una parte, facti ab altera. pro uſu pecuniæ numeratæ, vel argenti ſignati, debitorem creditori conceſſiſſe uſum argenti facti; ita idem eſſe in utraque χρήσει ſive mutuo: argentum ſignatum eſſe debitoris, factum creditoris fieri: hanc eſſe veram antichreſin & ab utraque parte abſolutam. Sic quidem Salmaſius.

Ego vero ejus laudem inventionis ei non invideo. magis miror, ſententiam tam abſurdam probari homini non abſurdo. Niſi profitenti, ſe non eſſe Juriſconſultum, indulgendum eſt, quod ignoret Juris rationem. Hoc tamen imputari ei poſſit, cur ſe miſceat Juri Civili: cujus ſatis peritus non ſit. An quis fando audivit, argentum factum, ſi utendum detur, aut pondere cenſeri, aut uſu conſumi, aut mutuum dari, id eſt, ſic, ut non idem ſpecie, ſed genere, reddatur; denique, id ejus fieri qui utendum acceperit? Atqui res loquitur, argentum factum, ſi quidem utendum detur, non pondere, ſed corpore, cenſeri: neque ejus ſubſtantiam utendo conſumi, ſed ſalvam manere poſt uſum: & ideo non mutuum dari, ſed commodari *l.* 5. §. 14. *l.* 20. *D. Commodati vel contra.* addam; nec accipientis fieri: ſed dantis manere; & ei finito uſu, non in genere, ſed in ſpecie, reſtitui debere. ſic enim in rebus commodatis ſolet: ac proinde ſi quæ argentea cochlearia alteri utenda data ſint, atque ipſa rupta, fiſſa, aut deteriora facta, aut etiam deperdita ſint; is qui uſum dedit, non ad hoc aget, ut ei alia ejuſdem formæ, bonitatis, ac ponderis, reddantur, quod Salmaſius cenſet: ſed ut ei ipſa in eadem ſpecie, & non deteriorata, reſtituantur. quod ſi non fiat, & aliqua utentis culpa arguatur: placet, eam danti teneri, quanti ejus intereſt, rupta, fiſſa, aut deteriora facta, aut etiam deperdita non eſſe *l.* 3. §. 1. *D. Commodati vel contra:* ſin nulla ejus culpa intervenerit, ſed caſus, jam periculum non ad eum ſpectare qui utenda accepit, ut in mutuo, ſed ad eum qui utenda dedit §. 2. *Inſt. Quibus modis re contrahitur obligatio.*

Verum tuetur Salmaſium Papinianus *d. l.* 9. §. 2. *D. de ſupellectile legata.* negat enim, ſi teſtator omnem ſuam ſupellectilem legaverit, pignori acceptam eo legato contineri: & affert cauſam; ea cauſa eſt, quia non alienam legavit, ſed ſuam; pignori autem accepta a teſtatore non ejus, ſed debitoris eſt. deinde ſubjicit, *Utique, ſi non in uſu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit.* vult igitur, argentum factum pignori datum, ſi debitor creditori mutuum per antichreſin utendum dediſſet, legato contineri: quia jam creditoris eſſet. Quid dicimus? quod Salmaſius putat, non putaſſe Papinianum. Atqui pro Salmaſio ſtant Papiniani verba. Non ita eſt: non enim meminit Papinianus argenti mutui dati. tantum dicit, argenteam ſupellectilem, pignori acceptam, creditoris eſſe, ſi in uſu ejus fuerit debitoris voluntate: non autem quod in alicujus uſu eſt, etſi domini voluntate, utique ei mutuum datum eſt. nam & commodatum & locatum accipienti uſum concedit. quis tamen dixerit, locatò aut commodato corpore mutuum contrahi? Non igitur quod Salmaſius voluit, etiam Papinianus voluit: etſi ait, *Utique, ſi non in uſu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit.* Quid ſi addam, corrupta eſſe Papiniani verba? id nemo dixit. Veriſſimum tamen eſſe, ut credas, rem auctorem dabo. Fuit Papiniano negotium, oſtendere, legatum *omnis ſuæ ſupellectilis* non contineri ſupellectilem pignori acceptam: niſi creditor ejus dominium debitoris voluntate habuerit. id vero non efficitur eo quod in ejus uſu eſt debitoris voluntate. eſt enim alius corporis uſus, alia proprietas, ſeu dominium. quamquam poſſit videri contra cenſere Cicero *lib.* 7. *Ad Familiares:* qui cum ei Curius ſcripſiſſet *epiſt.* 29. *Sum enim χρήσει μὲν tuus, κτήσει δὲ Attici noſtri. ergo fructus eſt tuus, mancipium illius,* mox reſpondet *epiſt.* 30. *Cujus cum proprium te eſſe ſcribis mancipio & nexu, meum autem uſu & fructu; contentus iſto ſum. id enim cujuſque eſt proprium, quo quiſque fruitur atque utitur.* At non ex arte loquitur Cicero: tantum, ut quam ampliſſimam faciat humanitatem Curii, qui dixerat, eſſe ſe ejus non mancipio, ſeu proprietate, ſed uſu & fructu, interpretatur ſuam eſſe proprietatem, ſi ejus effectum habeat, qui effectus totus ad utilitatem refertur. cæterum uſum a jure, ſeu dominio, ac proprietate diſtin-

diſtingui, ne ipſe quidem negat. Atque id tam verum eſt, ut eam differentiam, ne de noſtris dicam, etiam Salvianus notet *lib.* 3. *Adverſus avaritiam*, his verbis. *Sunt ex parentibus multi qui æquales filiis ſuis faciant portiones: niſi quod una tantum eos conditione diſcernunt, quod in his partibus quæ religioſis videntur adſcribi*, uſum *jubent ad eos*, proprietatem *ad alios pertinere*. Et poſt. *Fecit enim, ut ſancta ſoboles* uſum rerum *habens*, jus rerum *non habens*, *quaſi locuples quidem viveret, ſed quaſi mendica moreretur*. Sic Salvianus. addo, Seneca *lib.* 7. *De benefic. c.* 5. Verba Senecæ. *Conduxi domum a te. in hac aliquid tuum, aliquid meum. res tua eſt: uſus rei tuæ meus eſt.* Etiam Lucretius *lib.* 3. *De rerum natura.*

Vitaque mancupio nulli datur, omnibus uſu.

Non igitur, ſi teſtator omnem ſuam ſupellectilem legavit, eo legato etiam pignori accepta continebitur: ne quidem ſi in ejus uſu fuit voluntate debitoris; quia non ideo quod in ejus uſu eſſet, ejus fuit: ſed ſi dominium quoque debitoris voluntate accepit, verum eſt, quod Papinianus ait *d. l.* 9. legata omni ſua ſupellectile, etiam pignori acceptam contineri. id vero non eſt, ſi ſimplex pignus ſit; ſed ſi fiducia ſit. Iſidorum audi *lib.* 5. *Originum c.* 25. *pag.* 932. *Inter pignus, & fiduciam, & hypothecam, hoc intereſt. Pignus eſt enim quod propter rem creditam obligatur: cujus rei poſſeſſionem ſolam ad tempus conſequitur creditor. cæterum dominium penes debitorem eſt. Fiducia eſt, cum res aliqua ſumendæ mutuæ pecuniæ gratia vel mancipatur, vel in jure ceditur. Hypotheca eſt, cum res aliqua &c.* Diſtinguit igitur Papinianus *d. l.* 9. §. 2. *D. de ſupellectile legata* fiduciam a pignore; vultque, fiduciam eo legato contineri, pignus non contineri; neque ſcripſit, *Utique, ſi non in uſu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit*; etſi pro hac ſcriptura ſtant omnia exemplaria, ſed ita, *Utique, ſi non juris creditoris id argentum voluntate debitoris fuit.* Pari locutione qua Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 12. §. 1. ait, *Deponere poſſumus apud alium id quod juris noſtri eſt, vel alieni.* Ita ſenſus Papiniani *d. l.* 9. §. 2. eſt, Supellectile ſua omni legata, acceptum argentum pignori non contineri; utique, ſi non creditor dominium pignoris accepit, contracta fiducia: nam ſi hoc ſit, magis creditoris eſſe. Idque in tantum verum eſt, ut fiduciæ datas res, neque debitoris eſſe, neque ab eo legari intelligi, Paulus auctor ſit *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 72. cum, *Servis*, inquit, *legatis ancillæ quoque debentur, non item ſervi legatis ancillis. Sed ancillarum appellatione tam virgines, quam ſervorum pueri, continentur, his ſcilicet exceptis quæ fiduciæ datæ ſunt.* Sic eſt: ſi creditor debitoris voluntate acceperit obligatæ ſupellectilis *jus*, ſive dominium; (quod fit contracta fiducia) & legaverit omnem *ſuam* ſupellectilem; legato etiam pignori accepta continebitur: quia *ſua* recte dicitur. longe aliter, ac ſi ſit *repoſitum propter contractus fidem, ac reſtituendæ rei vinculum.* Sic habent plerique codices in *d. l.* 9. §. 2. Florentiæ vero eſt, *propoſitum.* Scribo, *depoſitum.* non enim *proponi* aut *reponi* dicitur pignus; ſed *deponi*: ut apud Paulum *l.* 36. *D. de condictione indebiti, & lib.* 2. *Sentent. tit.* 5. §. 1. & in Rubrica IV. ejuſdem libri quæ eſt, *De commodato, & depoſito pignore fiduciave.* Senſus Papiniani eſt; Si ſupellex depoſita ſit apud creditorem propter contractus fidem, & reſtituendæ rei vinculum, ſive, ut Iſidorus ait, *propter rem creditam*, eam legato non comprehendi: quia jam non creditoris, ſed debitoris eſt. Et hoc Ulpianus obſervat *l.* 73. §. 2. *D. de legatis lib.* 3. his verbis, *Eos vero quos quis pignori hypothecæve dedit, ſine dubio inter ſuos legaſſe videbitur debitor, creditor nequaquam.*

CAPUT XI.

Quo ſenſu ſcribat Paulus l. 54. *D. de contrahenda emptione*, Rem bona fide venditam, propter minimam cauſam inemptam fieri non debere.

Poteſt fieri, ut fugiat me Pauli ſenſus *l.* 54. *D. de contrahenda emptione*, in qua ſic ſcribit.

Res bona fide vendita, propter minimam cauſam inempta fieri non debet.

Sed non, puto, fugit. *Cauſa* Paulo ſignificat vitium aut morbum. Quo ſenſu hanc vocem ſæpe accipi apud Veteres, maxime Medicos, egregie obſervavit V. Cl. Iſaacus Caſaubonus, ad *Ælii Spartiani Hadrianum c.* 10. *n.* 4. ab eaque *cauſa* Ulpiano *l.* 2. §. 2. *D. de his qui notantur infamia* dicitur *cauſaria miſſio*, quæ propter valetudinem laboribus militiæ ſolvit. Sed & Senecæ *ad Lucilium epiſt.* 68. appellantur *cauſariæ partes animi quibus adhibenda curatio eſt.* Igitur *cauſa minima* Paulo eſt leviſſimum vitium, aut leviſſimus morbus: ſenſuſque ejus, Rem bona fide venditam non debere propter minimum vitium, aut minimum morbum, quem venditor palam non pronuntiarit, facile inemptam fieri: id eſt, ut ego interpretor, redhiberi ex Ædilitio Edicto. nam de eo Edicto loqui Paulum, apparet ex Inſcriptione: quæ habet, *Paulus lib.* 1. *Ad Edictum Ædilium Curulium:* & cum venditor palam non pronuntiavit venditæ rei vitium aut morbum, ex Ædilitio Edicto locus eſt redhibitoriæ actioni; qua agitur, ut res inempta fiat: id eſt, ut uterque, & emptor & venditor, reſoluta emptione, nihil amplius conſequatur, quam haberet, ſi venditio facta non eſſet *l.* 23. §. 1. & 7. *D.*

de *Ædilitio Edicto.* Habet porro illa actio locum, non utique ob quam minimam cauſam, ut Paulus ait *d. l.* 54. id eſt, ob quodlibet quam leviſſimum vitium aut morbum: ſed ob id quod rei venditæ uſum impediat: ut commode diſputat Ulpianus *lib.* 1. *Ad Edictum Ædilium*, *l.* 1. §. 8. *D. de Ædilitio Edicto.* Verba Ulpiani. *Proinde ſi quid tale fuerit vitii ſive morbi, quod uſum miniſteriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum: dummodo meminerimus, non utique quodlibet quam leviſſimum efficere, ut morboſus vitioſuſve habeatur. Proinde levis febricula, aut vetus quartana, quæ tamen jam ſperni poteſt, vel vulnuſculum modicum, nullum habet in ſe delictum, quaſi pronuntiatum non ſit: contemni enim hæc potuerunt.* Et in *l.* 4. §. *ult. D. eod. tit.* *Idem ait, non omnem morbum dare locum redhibitioni: ut puta levis lippitudo, aut levis dentis auriculæve dolor, aut mediocre ulcus: non denique febriculam quantulamlibet ad cauſam hujus Edicti pertinere.*

CAPUT XII.

Male habere Venulejum l. ult. D. de uſu & uſufructu legato; & remedium quo ad ſanitatem reducendus ſit, demonſtratum.

Poſtquam placuit Senatui, omnium quæ in bonis ſint, uſumfructum legari; facile obtinuit, legato omnium bonorum uſufructu, ut actiones quas defunctus adverſus alios habebat, ad uſumfructum pertinerent *l.* 24. *D. de uſu & uſufructu legato*, & *l.* 1. *C. de uſufructu*: continebantur enim bonorum appellatione *l.* 49. *D. de verborum ſignificatione:* ſimul habebant utilitatem qua uſusfructus æſtimatur. cæterum, ſi quæ eſſent actiones quibus aliis tenebatur defunctus, eas ad uſumfructum pertinere non placuit. quia enim erant magis in bonis creditoris, quam in bonis debitoris: quis videbatur harum a debitore legari uſus aut fructus? plane nullus. poſtremo quid certius, quam quod heres de defuncti ære alieno tenetur; legatarius non tenetur: ne quidem, ſi ei hereditas, aut bona, aut eorum pars legata ſit? Sed hoc jam olim animadvertit V. CL. Antonius Muretus, *Obſerv. jur. lib. ſing. c.* 13. Quamquam, quia non dicuntur bona, niſi deducto ære alieno, (ut vere Paulus ait *l.* 39. *D. eod. tit.* & ante eum Quintilianus, *Declam.* 275. his verbis, *Bona ſunt, ut opinor, quæ detractis alienis deprehenſa ſunt*) haud alienum a ratione videbatur, eum cui legatus eſſet omnium bonorum uſusfructus, non aliorum, quam quæ deducto ære alieno ſupereſſent, uſumfructum habere *l.* 69. *D. Ad legem Falcidiam.* Ita, ſi teſtator legaſſet *bonorum* uſumfructum.

Sed quid, ſi non dixerit, *bonorum*, ſed *rerum* ſe uſumfructum legare: ut in *l. unic. C. Si ſecundo nupſerit mulier cui maritus uſumfructum reliquit.* Eam quæſtionem tractat Venulejus ſequentibus verbis, quæ ſunt in *l. ult. D. de uſu & uſufructu legato.*

> *Nihil intereſt, utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis uſumfructum legaverit. nam ſi bonorum uſusfructus legabitur, etiam æs alienum deducetur: & quod in actionibus erit, computabitur. at ſi certarum rerum uſusfructus legatus erit, non idem obſervabitur.*

Sic Venulejus: ſed vitioſe procul dubio. caret enim ſenſu, quocumque cum vertas modo. quamquam, qua ratione emendandus ſit, difficile dictu eſt. Eſſe ſcio, qui pro *nihil intereſt*, quomodo Florentiæ editur, ſcribendum putent, *non nihil intereſt*, vel *multum intereſt*. Sed neutra emendatio ſufficit tollendo malo. ſive enim legas, *multum intereſſe*, ſive, *non nihil intereſſe*, ſive, *nihil intereſſe:* adhuc ambigi poſſit, in quo videatur Venulejus inter legatum uſusfructus *bonorum*, & legatum uſusfructus *rerum* differentiam facere, aut non facere: & tamen alterum eſt quod demonſtrandum ſibi propoſuit. Accedit, quod in fine capitis, *At ſi*, inquit, *certarum rerum uſusfructus legatus erit, non idem obſervabitur:* nec apparet, cur ibi loquatur de uſufructu *certarum rerum:* cum ante non uſusfructus *certarum rerum* meminerit; ſed uſusfructus *bonorum*, & *rerum*. Idque Accurſius ſenſit; cum ait, a Jureconſulto in fine variari caſum quem initio poſuerat. Poſtremo quæri video; cur in principio capitis magis fiat mentio uſusfructus tertiæ, quam dimidiæ, aut alterius partis rerum. Igitur, ut tollatur ſcrupulus, & ſimul finis principio reſpondeat, ſunt qui ſic ſcribant. *Multum intereſt, utrum bonorum quis, an rerum certarum uſumfructum legaverit.* Quæ ſi placet lectio, non intercedo. nam & plana omnia facit: & nihil habeo quod in ea improbem quaſi abhorrens a Civili Jure. Etſi, ſi quis retinere malit Florentinam lectionem, *Nihil intereſt*, item ſequentem, *Utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis uſumfructum legaverit*; nec ei repugnem: quia nec in illa quid abſurdi reperio. imo habuit hæc ſpecies legati uſusfructus elegantem & frequentem uſum Jure vetere, quo aliquando potuerunt vir & uxor inter ſe ſolidum capere, ſed plerumque tantum decimam, & præter hanc uſumfructum tertiæ partis bonorum: auctore Ulpiano *tit.* 15. & 16. & extat talis caſus in his Scævolæ verbis *l.* 48. *D. de uſuris.* *Maritus uxori ſuæ uſumfructum tertiæ partis, & cum liberos habuiſſet, proprietatem legavit.* Etiam apud Javolenum *l.* 10. *D. de præſcriptis verbis.* Verba Javoleni. *Partis tertiæ uſumfructum legavit:*

vit: heredis bona ab ejus creditoribus diſtracta ſunt: & pecuniam quæ ex æſtimatione partis tertiæ fiebat, mulier accepit fruendi cauſa &c. Quid igitur eſt? etſi pro *rerum tertiæ partis uſumfructum*, non male ſcribi poſſit, *rerum certarum uſumfructum*, quod viſum Doctis Viris: tamen nulla eſt neceſſitas mutandi ſcripturam, a qua neque ratio, neque Veterum uſus abhorret, & quam conſtanter omnes ſervant manuſcripti codices.

Probabilius conjecerim (præter conjecturam enim nihil polliceor) latere vitium in verſu, *Et quod in actionibus erit:* in illo enim deeſſe verba hæc, *ſi rerum:* quibus adjectis legendum.

Nihil intereſt, utrum bonorum *quis, an* rerum *tertiæ partis uſumfructum legaverit. nam ſi* bonorum *uſusfructus legabitur, etiam æs alienum deducetur: &* ſi rerum, *quod in actionibus erit, computabitur. at ſi* certarum rerum *uſusfructus legatus erit, non idem obſervabitur.*

Species talis eſt. Vir uxori legavit uſumfructum tertiæ partis *bonorum*; aut uſumfructum tertiæ partis *rerum.* Quæritur, num interſit, utrum dixerit, uſumfructum tertiæ partis *bonorum*, an uſumfructum tertiæ partis *rerum?* Quærendi cauſa eſt; quod, ſi bonorum uſumfructum legavit, poſſit videri tam quod ipſe debet, quam quod ei debetur, legato comprehendiſſe: quia bona in multis, ac præſertim cum univerſitate æſtimantur, non tantum commoda, ſed incommoda quoque ſignificant: ut apparet ex *l.* 1. & *l.* 3. *D. de bonorum poſſeſſionibus, item l.* 2. & 3. *D. de ſententiam paſſis & reſtitutis.* At non ita fuerit; ſi legare ſe *rerum* uſumfructum teſtator dixerit. primum, quia æris alieni perſonalis actio non rem, id eſt, fundum, verbi gratia, ſed heredem ſequitur *l.* 1. §. 16. *D. Ad Senatuſconſultum Trebellianum.* deinde vereri quis poſſit, ne actiones quoque quæ defuncti fuerint adverſus alios, eo legato non contineantur: quia in rebus non computantur actiones *l.* 92. *pr.* & §. 1. *D. de legatis lib.* 3. & *d. l.* 1. §. 16. *D. Ad Senatusconſultum Trebellianum*; licet in bonis maxime numerentur *l.* 49. *D. de verborum ſignificatione.* Habes quærendi cauſam. ſequitur Venuleji definitio. in qua, ne quem turbet diſputandi forma, obſervandus eſt mos Veterum: quibus frequens fuit ea attingere de quibus poſſet ambigi: cætera quæ non procul certo eſſent, relinquere tacito lectoris intellectui. Sed hoc in præſentiarum oſtendet tenor loci. Ait Venulejus. *Nihil intereſſe, utrum quis* bonorum, *an* rerum, *tertiæ partis uſumfructum legaverit.* Et addit rationem: *Nam ſi* bonorum *uſusfructus legabitur, etiam æs alienum deducetur.* Venulejus ſignificat, ſi vir uxori, verbi gratia, legat uſumfructum tertiæ partis *bonorum*, uxori quidem deberi actionum quæ defuncto adverſus alios competierint, uſumfructum: quia eæ actiones procul dubio in defuncti bonis fuerunt *l.* 49. *D. de verborum ſignificatione:* ſed quibus aliis tenebatur defunctus, eas negat Venulejus ad uſumfructum pertinere: quippe cum verum ſit, nil fuiſſe in defuncti bonis; niſi quod deducto ære alieno ſupereſt *l.* 39. §. 1. & *l.* 83. *D. eod. tit.* Quod ſi eſt; optima ratione huc decurrit Venulejus, ut in propoſito demum ejus quod detracto alieno ære ſupererit, legatum eſſe uſumfructum exiſtimet. idque & Pomponio placet *l.* 69. *D. Ad legem Falcidiam.* Sic, ſi *bona* dixerit teſtator. Sed quid, ſi non *bona*, ſed *res*, dixerit? idem cenſet Venulejus verbis ſequentibus. *Et ſi* rerum, *quod in actionibus erit, computabitur.* Sic lego; cum hactenus deſiderentur verba, *ſi rerum.* Senſus Venuleji eſt: Si *res* dixerit teſtator, etſi actiones quibus aliis tenebatur non ſpectent ad *rerum* uſumfructum, quia non magis in ejus rebus, quam in ejus bonis fuere: tamen actionum quas adverſus alios habuit, uſusfructus debetur: quia, cum *res ſuas* legat teſtator, æque ac ſi *bona ſua* dicat, univerſitatem indicat *l.* 14. §. 5. 6. 7. 8. & *l.* 15. & 16. *D. Ad Senatuſconſultum Trebellianum.* At enim, inquies, ſi legata *bonorum* aut *rerum* parte, legata videtur univerſitas; quid refert, utrum quid ab aliis fuerit defuncto debitum, an ipſe aliis debuerit; cum utique univerſitas tam incommoda, quam commoda Civili Jure complectatur *d. l.* 1. & *d. l.* 3. *D. de bonorum poſſeſſionibus, & d. l.* 2. & 3. *D. de ſententiam paſſis & reſtitutis.* Sed jam in anteceſſum monui, ubi univerſitas legatur, legatarium numquam de defuncti ære alieno teneri. Ita ſi uxori legatus a viro ſit uſusfructus tertiæ partis vel *bonorum* vel *rerum.* At quid, ſi legatus ei ſit uſusfructus non tertiæ partis *bonorum*, neque tertiæ partis *rerum*, ſed *certarum rerum?* quæ eſt poſtrema ſpecies *d. l. ult. D. de uſu & uſufructu legato.* Ait Venulejus, *Non idem obſervabitur.* Et recte: quia uxor jam non modo non tenetur de defuncti ære alieno; ſed ne actionum quidem quæ defuncti adverſus alios fuere, uſumfructum habet: quia *certarum rerum* appellatione non continentur actiones: ut apparet ex ſpecie & definitione *l.* 92. *pr.* & §. 1. *D. de legatis lib.* 3. & *l.* 1. §. 16. *D. Ad Senatusconſultum Trebellianum.* Igitur veriſſimum eſt, quod Venulejus ait, *Nihil intereſſe, utrum* bonorum *quis, an* rerum *tertiæ partis uſumfructum legaverit. nam ſi* bonorum *uſusfructus legabitur, etiam æs alienum deducetur:* id eſt, ſi *bonorum* legabitur uſusfructus; æque deducetur æs alienum, ac cum *rerum* legatur uſusfructus: *& ſi* rerum; *quod in actionibus erit, computabitur:* id eſt, & ſi *rerum* legatus ſit uſusfructus; non minus quod in actionibus erit computabitur; quam cum legatus eſt *bonorum* uſusfructus. *at ſi* certarum rerum *uſusfructus legatus erit; non idem obſervabitur:* id eſt, quod in actionibus erit, non computabitur.

CAPUT XIII.

Verba, ſeu ſegnitia, *in l. 8. C. de pigneratitia actione non eſſe Impp. Philippi A. & Philippi C. ſed indocti Interpretis.*

Impp. Philippus A. & Philippus C. Saturnino *l. 8. C. de pigneratitia actione.*

Si nulla culpa ſeu ſegnitia creditori imputari poteſt: pignorum amiſſorum diſpendium ad periculum ejus minime pertinet. Sane ſi ſimulata amiſſione etiamnum eadem pignora, ut adſeveras, a parte diverſa poſſidentur, adverſus eum experiri potes.

Miror, neminem, ac ne me quidem, qui *Probabilium lib. 4. c. 3.* hunc expoſui locum, animadvertiſſe, eum vexari adjectione verborum, *ſeu ſegnitia*, plane importuna. *Segnitia* enim apud Latinos non eſt omiſſio diligentiæ quam in rebus ſuis adhibet diligens paterfamilias, quam Juriſconſulti culpam levem vocant, & a creditore in pignore præſtari, volunt Imperatores *d. l.* ſed eſt culpa *lata*, *magna*, & *nimia*: quæ culpa Ulpiano eſt, *non intelligere quod omnes intelligunt l. 213. §. ult. D. de verborum ſignificatione*, & cujus præſtatione creditor in pignore non liberatur directa pigneratitia actione. Id Iſidorus indicat *lib. 10. pag.* 1086. *Segnis*, inquiens, *id eſt, ſine igne, ingenio carens. Se autem ſine ſignificat.* Feſtus quoque *Segnitiam* ait *dici; quod ſine nitendo quid utile aut honeſtum.* Et allegat hoc Terentii, *Enimvero Dave nihil loci eſt ſegnitiæ, neque ſocordiæ.* Eodem ſenſu Ulpianus *l. 3. §. ult. D. de ſuſpectis tutoribus*, *Qui*, inquit, *ob ſegnitiem, vel ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, vel ineptiam remotus ſit, in hac cauſa eſt, ut integra exiſtimatione tutela vel cura abeat.* Ulpianus ſignificat, eum qui ob culpam latam, ſive ob nimiam negligentiam, ſocordiamque, denique quia non intelligit quod omnes ſciunt, a tutela vel cura removetur, integra exiſtimatione tutela vel cura abire. quod verum eſt, & jam oſtendi *lib. 1. Probabilium c. ult.* Nec aliter *ſegnitiam* accipit Juſtinus *lib.* XI. ſic ſcribens, *Reges ſtipendiarios conſpectioris ingenii ad commilitium ſecum trahit: ſegniores ad tutelam regni reliquit.* *Segniores* opponit iis qui ſunt *conſpectioris ingenii*; & *ſegniores* vocat, ineptos, hebetes, ſocordes, qui communi hominis ſenſu carent, & prope ſtulti ſunt. Ipſum audi *lib.* 34. verbis ſequentibus, *Rex Syriæ Antiochus Ptolomæo, majoris ſororis ſuæ filio, Regi Ægypti, bellum infert, ſegni admodum & quotidiana luxuria ita marcenti, ut non ſolum regiæ majeſtatis officia intermitteret, verum etiam ſenſu hominis nimia ſagina careret.* Sic Juſtinus. Suetonius quoque, *Claudio c. 5.* verba ejus. *Atque ex contubernio ſordidiſſimorum hominum ſuper veterem ſegnitiæ notam ebrietatis quoque & aleæ infamiam ſubiit.* Quam Suetonius *ſegnitiam* vocat, apparet ex *c.* 2. fuiſſe animi & corporis hebetationem, ob quam Claudius, *ne progreſſa quidem ætate, ulli publico privatove muneri habilis exiſtimabatur; & ob quam c. 3. mater Antonia portentum eum hominis dictitabat, nec abſolutum a natura, ſed tantum inchoatum: ac ſi quem ſocordiæ argueret, ſtultiorem ajebat filio Claudio.* Eam *ſegnitiam* licet definiamus ſtupiditatem & animi tarditatem, ſeu dicendum, ſeu faciendum ſit aliquid: quam ſtupiditatem etiam in Claudio notat Suetonius, *ejus vita c. 40.* his verbis, *Sermonis vero rerumque tantam ſæpe neligentiam oſtendit, ut nec quis nec inter quos, quove tempore ac loco verba faceret, ſcire ac cogitare exiſtimaretur.* Igitur *ſegnitia* non eſt levis culpa, ſeu levis negligentia, ad quam actio pigneratitia conſiſtit; ſed eſt culpa lata & nimia cujus præſtatione creditor in ea actione defungi nequit. Atque hoc ſi eſt: apparet, Imperatores *d. l. 8.* expunctis verbis, *ſeu ſegnitia*, quæ ſunt Interpretis, ita reſtituendos eſſe. *Si nulla culpa creditori imputari poteſt: pignorum amiſſorum diſpendium ad periculum ejus minime pertinet.* Senſus autem is eſt quem dedi *lib. 4. Probabilium c. 3.*

CAPUT XIV.

Ulpianus expoſitus l. 17. §. 7. D. de injuriis, & Proculus l. 15. D. de tritico, vino, vel oleo legato emendatus.

Ulpianus *l. 17. §. 7. D. de injuriis.*

Si juſſu domini ſervus injuriam fecerit, utique dominus conveniri poterit etiam ſuo nomine. Sed ſi proponatur ſervus manumiſſus, placet Labeoni dandam in eum actionem: quia & noxa caput ſequitur, nec in omnia ſervus domino parere debet. cæterum & ſi occiderit juſſu domini, Cornelia eum eximemus.

Quid audio? ſervum, ſi hominem occiderit domini juſſu, eximi lege Cornelia? Non hoc ratio patiatur: & clare Alfenus *l. 20. D. de obligationibus & actionibus*, *Servus*, inquit, *non in omnibus rebus ſine pœna domino audiens eſſe ſolet: ſicuti ſi dominus hominem occidere aut furtum alicui facere juſſiſſet. Quare quamvis domini juſſu ſervus piraticam feciſſet, judicium in eum poſt libertatem reddi oportet. Et quodcumque vi feciſſet, quæ vis a maleficio non abeſſet: ita oportet pœnas eum pendere. Sed ſi aliqua*

liqua rixa ex litibus & contentione nata eſſet, aut aliqua vis juris retinendi cauſa facta eſſet, & ab his rebus facinus abeſſet: tum non convenit Prætorem, quod ſervus juſſu domini feciſſet, de ea ea re in liberum judicium dare. Quid ergo ſignificat hoc Ulpiani *d. l.* 17. §. 7.

Cæterum & ſi occiderit juſſu domini, Cornelia eum eximemus.

Franciſcus Accurſius, ut remedium huic adferat difficultati, vult Ulpiani verba legi ad modum interrogationis; atque ei ineſſe vim negandi. eamque loquendi figuram ſæpe uſitatam cum noſtris, tum aliis auctoribus fuiſſe, ipſe alibi obſervavi. ſed metuo, ne hoc loco fuerit aliquanto durior. Igitur age, experiamur, an ſuccurri Ulpiano aliter & poſſit & debeat. Quid enim, ſi putemus, eum *cæterum* dicere pro *alioquin*; & contrariam ſententiam ab abſurdo refellere? Sic ſe res habet. primum ait Ulpianus, Si ſervus injuriam fecerit domini juſſu, rationis eſſe, ut dominus qui eum in poteſtate habet, conveniri poſſit & ſuo nomine actione directa, & ſervi nomine actione noxali: Hoc, cum ſervum habet in poteſtate. Sed finge, manumiſſum eſſe? ait Ulpianus, in eum dandam actionem; idque Labeonem cenſere. Quam ob cauſam? duplicem: nam & noxa, inquit, caput ſequitur; nec in omnia ſervus domino parere debet. *cæterum*, & ſi occiderit juſſu domini, Cornelia eum eximemus. Senſus eſt: Alioquin, ſi excuſamus ſervum in omnia parentem domino, & ſi hominem occiderit juſſu domini, a lege Cornelia eum excuſabimus: quod eſt abſurdum. Sic ſentio; atque eo verius: quia ad eamdem formam idem diſputat Ulpianus *l.* 4. §. 3. *D. de alienatione judicii mutandi cauſa facta* verbis ſequentibus. *Si quis autem ob valetudinem, aut ætatem, aut occupationes neceſſarias litem in alium tranſtulerit, in ea cauſa non eſt, ut hoc Edicto teneatur: cum in hoc Edicto doli mali fiat mentio.* cæterum *erit interdictum & per procuratorem litigare, dominio in eos plerumque ex juſta cauſa tranſlato.* Similiter in *l.* 5. §. 4. *D. de Carboniano Edicto, Si*, inquit, *miſſus fuerit in poſſeſſionem adverſarius, deſiderandum a Prætore, ne inſtrumenta in poſſeſſionem ſuam redigat:* cæterum *decipietur pupillus, dum vel inſtruitur adverſarius ejus, vel etiam intercipere ea poteſt.* Et in *l.* 15. §. 7. *D. de re judicata.* Verba ſunt. *Sed ſi emptor, cui pignora ſunt addicta, exſequente judice, pretium non ſolvet: utrum adverſus emptorem porrigere manus debeant iidem judices, qui ſententiam exſequuntur, videndum eſt? Et non puto eos ultra procedere.* Cæterum *longe res abibit: quid enim dicemus? condemnabunt emptorem, & ſic exſequentur adverſus eum ſententiam? an ſtatim pro judicato habebunt? & quid, ſi neget ſe emiſſe, aut exſolviſſe contendat? Melius igitur erit, ſi non ſe interponant.*

Ulpiano jungam Proculum *l.* 15. *D. de tritico, vino, vel oleo legato.* nam & is vocula, *cæterum*, utitur ſenſu plane ſimili: quod veriſſime obſervavit Jacobus Cujacius *lib.* 2. *Obſervat. c.* 36. ſed, quod miror, fugiſſe Virum illum non minus perſpicacem, quam doctiſſimum, aliqua eget emendatione. Verba Proculi ſi quis conſiderare volet, hæc ſunt.

Vinum cum vaſis legavit. Negat Trebatius, quod in doliis ſit, deberi: & ſenſum teſtatoris alium putat eſſe; verborum alium. cæterum dolia in vaſis vinariis non eſſent. Ego, etſi dolia in vaſis vinariis non ſunt, tamen non concederem Trebatio, vinum, quod in doliis eſſet, id eſt, quod in vaſis non eſſo legatum. Illud verum eſſe puto, cui vinum cum vaſis legatum erit, ei amphoras, cados, in quibus vina diffuſa ſervamus, legatos eſſe. vinum enim in amphoras & cados hac mente diffundimus, ut in his ſit, donec uſus cauſa probetur; & ſcilicet id vendimus cum his amphoris & cadis: in dolia autem alia mente conjicimus, ſcilicet, ut ex his poſtea vel in amphoras & cados diffundamus, vel ſine ipſis doliis veneat.

Sic Florentiæ legitur, nec reſiſtunt cæteri codices. ſcribe tamen meo periculo.

Vinum cum vaſis legavit. Negat Trebatius, quod in doliis ſit deberi: & ſenſum teſtatoris alium putat eſſe; verborum alium. cæterum *dolia in vaſis vinariis eſſe. Ego etſi dolia in vaſis vinariis non ſunt, tamen non concederem.* & reliqua.

Senſus planus. Vino cum vaſis legato, negat Trebatius, vinum quod in doliis ſit, deberi. Atqui, inquies, vinum quod in vaſis ſit, legatum eſt. Sed Trebatius hoc concedit, ſi quidem ad verba ſpectemus: verum putat, alium eſſe teſtatoris ſenſum. cæterum, id eſt, alioquin, dolia fore in vaſis vinariis. quod ipſe falſum eſſe exiſtimat. Sed de his paulo plenius V. Cl. Jacobus Cujacius *d. loc.* quem, ſi lubet, vide.

CAPUT XV.

Notabilis loquendi forma apud Ulpianum l. 4. D. de curatoribus furioſo & aliis extra ordinem dandis.

Itane? Ulpianus *l.* 4. *D. de curatoribus furioſo & aliis extra ordinem dandis* ait?

Furioſæ matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etſi inæqualis eſt eorum poteſtas, æqua debetur.

Quid ergo vult? aliquam Civili Jure eſſe matris in liberos poteſtatem; etſi non tantam, quanta eſt patris? poſſint quem movere Ulpia-

piani verba, *Pietas enim parentibus, etſi inæqualis eſt eorum poteſtas, æqua debetur.* At hoc nemo Veterum cogitavit: ne Ulpianus quidem. imo is *l.* 4. *D. de his qui ſui vel alieni juris ſunt* ſic ſcribit, *Qui ex me & uxore mea naſcitur, in mea poteſtate eſt.* Et Juſtinianus §. 10. *Inſt. de adoptionibus* negat, Fœminas adoptare poſſe: & addit rationem; quæ ratio eſt, *Quia nec naturales liberos in ſua poteſtate habent.* Sed rem dicamus: non ſunt captanda Ulpiani verba, *Etſi inæqualis eſt eorum poteſtas.* eſt enim in his Figura non diſſimilis ei qua Juturnam Juno affatur, apud Virgilium *lib.* XII. *Æneid. verſ.* 142. verbis ſequentibus.

Nympha decus fluviorum animo gratiſſima noſtro.
Scis, ut te cunctis unam, quæcumque Latinæ.
Magnanimi Jovis ingratum adſcendere cubile,
Prætulerim. – – – –

Ait Juno, ſe Juturnam prætuliſſe Nymphis cunctis quas amaverit Jupiter; perinde quaſi omnes in honore habuerit amores Jovis. id vero non ita eſſe conſtat, & in Notis obſervat Servius. verba Servii adſcripſi; atque eo lubentius, quia præterea attulit locum ex Salluſtio æque pulchrum atque ad rem accommodatum. Verba Servii. *Liptotes figura per contrarium. plus enim dicit, & minus ſignificat. namque alias omnes perſecuta: huic vero libenter indulſit. Et dicit, ſe hanc omnibus prætuliſſe, quaſi etiam alias in honore habuerit. ergo ideo hoc dicit, ut tollat cauſam, quam potuit Juturna habere ſuſpectam. Sane talis hæc figura eſt, ut illud Salluſtianum*, Mare Ponticum dulcius, quam cætera: *cum nullum dulce ſit.*

CAPUT XVI.

In editis ſcriptiſque exemplaribus variare lectionem Marcelli *l.* 11. *D. Quemadmodum ſervitutes amittuntur*; Ulpiani *l.* 15. §. 4. *D. de uſufructu*, Pauli *l.* 65. §. 1. *D. de condictione indebiti*; Juliani *l.* 23. *D. de act. empt.* Ulpiani *l.* 4. *D. de cuſtodia reorum*; Pauli *l.* 14. *D. de uſufructu*; *ac* Juſtiniani *pr. Inſt. de militari teſtamento, & l. ult. C. de reſtitutione militum, eamque varietatem a neglecta obſervataque Siglorum poteſtate proficiſci. Simile quid tentatum circa Ulpianum l. 35. D. de procuratoribus.*

Marcelli hæc verba ſunt *l.* 11. *D. Quemadmodum ſervitutes amittuntur.*

Is cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur, alio genere fuerat uſus: videamus, ne amiſerit ſervitutem; & alia ſit ejus conditio qui amplius oneris, quam licuit, vexerit, magiſque hic plus, quam aliud egiſſe videatur: ſicuti latiore itinere uſus eſſet, aut ſi plura jumenta egerit, quam licuit: aut aquæ admiſcuerit aliam.

Sic Florentiæ editur: ſed alii libri habent:

Sicuti ſi latiore itinere uſus eſſet, aut ſi plura jumenta egerit, quam licuit. & reliqua.

Unde tam varie? nempe a Siglis; quibus ſcriptum erat, *SIcuti latiore itinere uſus eſſet.* Hæc Sigla valebant, *ſicuti ſi latiore itinere uſus eſſet:* ſed Librarius is, qui Florentinum deſcripſit exemplar, neglecta Siglorum poteſtate, reddidit, *ſicuti latiore itinere uſus eſſet:* plane incaute. Id vero mendum, quamquam levius, tamen cum manifeſtum ſit, hic annotandum credidi; quo certior fieret emendatio ſimilis erroris quem in *l.* 15. §. 4. *D. de uſufructu* ex eodem verbo olim ſuſtuli *lib.* 2. *Probabilium Juris Civilis c.* 4. Scriptum enim ibi eſt. *Et ſi veſtimentorum uſusfructus legatus ſit, non ſicut quantitatis uſusfructus legetur, dicendum eſt; ita uti eum debere, ne abutatur.* Sed reſtitui, *non SIcut quantitatis:* id vero explicui, *non ſicut ſi quantitatis:* ſenſu veriſſimo & optimo. quem repræſentat quoque altera mea emendatio, *non ſicut quantitatis uſ. lg.* quæ valet, *non ſicut quantitatis uſufructu legato.*

Eodem vitio laborat Paulus *l.* 65. §. 1. *D. de condictione indebiti.* Verba Pauli.

Et quidem quod tranſactionis nomine datur licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam ſi lis fuit, hoc ipſum, quod a lite diſceditur, cauſa videtur eſſe. ſin autem evidens calumnia detegitur, & tranſactio imperfecta eſt, repetitio dabitur.

Sic Florentiæ editur. in aliis libris eſt.

& tranſactio imperfecta eſt, & repetitio dabitur.

Multo rectius: debetur autem ea varietas Siglis: quibus ſcriptum erat.

& tranſactio imperfecta EsT repititio dabitur.

His Siglis ſignificabatur, *& tranſactio imperfecta eſt, & repetitio dabitur.* Sed Librarius, cum non animadverteret ad majuſculas literas, & rationem geminationis, voculam, *&*, poſteriore omiſit loco; cum utroque ſcribere deberet.

Hæc ego ſic ſecurius emendavi: quia in talibus ſæpe erratum: & eſt admodum notabile in hac re, quod in *l.* 23. *D. de act. empti* in Accurſii, & Haloandri, editione ſic ſcribitur, *Et præterea cavere debet, quidquid ex hereditate liberti ad eum pervenerit, reſtitutum iri. Marcellus notat. &c.* Pro eo vero ita edit Vintimillius: *Et præterea cavere debet, quidquid ex hereditate liberti ad eum pervenerit, reſtitusiri. Marcellus notat.* Unde ea varietas?

tas? nimirum, quia in exemplari Florentino fide Franciſci Taurellii ſic reperitur: *& præterea cavere debet, quidquid ex hereditate liberti ad eum pervenerit, reſtiTUiri. Marcellus notat.* Cauſa variationis, mea opinione: quod quidam animadverterunt majuſcularum literarum geminationem: alii non.

Alia apud Ulpianum varietas *l. 4. D. de cuſtodia reorum:* puto, quia ſic ſcriptum fuit.

> *Sed ſi neque in cautione, neque in decreto Præſidis certa quantitas comprehenſa eſt: ac neConſuetudo oſtenditur quæ certam formam habet: Præſes de modo pecuniæ quæ &c.*

Unde effecit ille qui Florentinum deſcripſit exemplar, *ac ne conſuetudo oſtenditur.* Vulgata Accurſii editio habet, *ac nec conſuetudo oſtenditur.* Optime: etſi nec inepte Ruſſardi & Charondæ codex manu ſcriptus, *ac ne conſuetudo quidem oſtenditur.*

Ab eadem ratione variat lectio *pr. Inſt. de militari teſtamento:* in quo vulgo editur.

> *Illis autem temporibus per quæ citra expeditionum neceſſitatem in aliis locis vel ſuis ædibus degunt, minime ad vindicandum.* &c.

Sed in pleriſque exemplaribus, ut teſtis eſt Ruſſardus, *Marginalibus Notis*, extat, *vel ſuis ſedibus:* opinor, quia ſic ſcriptum fuit, *vel ſuiSedibus*, quidam legerunt, *ſuis edibus*, quomodo habet liber meus manu ſcriptus; alii, *ſuis ſedibus.* Idemque obſervandum in *l. ult. C. de reſtitutione militum:* in qua ſimilis circa idem verbum variatio eſt.

Simile quid tentabo apud Ulpianum *l. 35. D. de procuratoribus.* Verba Ulpiani.

> *Sed & hæ perſonæ procuratorum debebunt defendere quibus ſine mandatu agere licet: ut puta libri, licet ſint in poteſtate. item parentes & fratres & adfines & liberti. §. 1. Patronus libertum [&] per procuratorem ut ingratum accuſare poteſt: & libertus per procuratorem reſpondere.*

Ita paſſim editur: etſi quidam libri habeant,

> *Item parentes & fratres & adfines & liberti. Et patronus libertum:* & reliqua.

Sed quid, ſi ſic ſcribam?

> *Idem parentes, & fratres & adfines & liberti & PATRONUS libertum*, & reliqua.

Ut ſit.

> *Item parentes, & fratres & adfines & liberti & patronus. Patronus libertum* &c.

Hoc res poſtulat.

CAPUT XVII.

Probata ex Siglis Cujacii conjectura in l. 60. D. Pro ſocio, & nova addita.

Pomponius *l. 60. D. Pro ſocio* ſic ſcribit.

> *Socium, qui in eo, quod ex ſocietate lucri faceret,* reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipſe uſus ſit, *uſuras quoque [eum] præſtare debere, Labeo ait: ſed non quaſi uſuras, ſed quod ſocii interſit, moram eum non adhibuiſſe: ſed ſi aut uſus ea pecunia non ſit*, aut moram non fecerit, *contra eſſe. item poſt mortem ſocii nullam talem æſtimationem ex facto heredis faciendam: quia morte ſocii dirimatur ſocietas.*

Egregie animadvertit V. Cl. Jacobus Cujacius *lib. 13. Obſerv. c. 15.* exiguam in his verbis lacunam; quam ita veriſſime ſupplevit, *reddendo moram adhibuit*, aut *cum ea pecunia ipſe uſus ſit.* Juvant enim hanc emendationem ſequentia Pomponii verba, *Sed ſi* aut *uſus ea pecunia non ſit*, aut *moram non fecerit:* quibus utraque ſignificatur moræ ſpecies, cum ex perſona quæ vera mora eſt, tum ex re quæ quaſi mora eſt, & cum priore comparata, vix habetur mora: ut late oſtendi *lib. 3. De fœnore & uſuris c. 10.* Sed hanc Cujacii obſervationem, ut par eſt, eodem laudavi Opere, *lib. 1. cap. 5.* nec me ejus pœnitet ſententiæ. potius eam nova confirmabo conjectura; quo magis ſuccurram infirmitati eorum quibus difficillime perſuaderi poteſt emendatio, quantumvis neceſſaria. Puto, nata ex Siglis eſt, quam dixi, lacuna: & cum in manu ſcriptis codicibus ad hanc extaret formam, *reddendo moram AdhibViT cum ea*; debuit Librarius repræſentare, *reddendo moram adhibuit, aut cum ea.* nam hanc geminationem majuſculæ indigitabant literæ: ſed Librarius, non attendens ad Sigla, omiſſa geminatione, ſimpliciter ſcripſit, *reddendo moram adhibuit, cum ea:* ſenſu nullo. qui admiſſa vocula, *aut*, & optimus ſit & veriſſimus. Æque probabiliter poſſit Pomponius hoc reſtitui modo, *reddendo moram adhibuit, cVmEa pecunia ipſe uſus ſit:* ut ſit, *reddendo moram adhibuit, cumve ea pecunia ipſe uſus ſit:* ſenſu plane ſimili.

CAPUT XVIII.

Emendatus Ulpiani locus corruptiſſimus qui eſt in l. 23. §. 3. D. de adquirendo rerum dominio.

Veriſſimum eſſe exiſtimo, quod V. Cl. Jacobus Cujacius *lib. 4. Obſerv. c. 1.* ſuſpicatur, Scævolam variaſſe apud Ulpianum *l. 23. §. 3. D. de adquirendo rerum dominio*, ipſumque Ulpiani locum eſſe depravatiſſimum: ſed eum a Cujacio recte reſtitutum eſſe, non exiſtimo: etſi Cujacii conjecturam uſque adeo laudet Antonius Faber *lib. 4.*

Conjectur. c. 16. ut a doctiſſimo illo viro nihil umquam verius aut elegantius obſervatum fuiſſe opinetur. Nec tamen inficior egregie vidiſſe Cujacium, circa initium *d.* §. 3. pro, *aut ſi liber ſit, ei* [*cui bona fide ſervit*]*: an vero*, eſſe ſcribendum, *aut ſi liber ſit, ſibi: an vero.* Unum ſaltem dico, quod ubi pro his verbis, *rationem facere, ut ei dumtaxat in ſolidum adquirat*, ſubſtituit, *rationem facere, ut ei dumtaxat partem adquirat*, prope eſt, ut procul vero ſit, longeque aliam & Ulpiano & Scævolæ fieri medicinam oporteat. Id apparebit, ſi primum expoſuero Ulpianum *l.* 25. §. 6. *D. de uſufructu:* quocum comparandum eſſe §. 3. *d. l.* 23. etiam Cujacius & Faber conſentiunt. Verba Ulpiani ex *d. l.* 25. §. 6. hæc ſunt. *Si duos fructuarios proponas, & ex alterius re ſervus ſit ſtipulatus, quæritur, utrum totum, an pro parte qua habet uſumfructum, ei quæratur: nam & in duobus bonæ fidei poſſeſſoribus hoc eſt apud Scævolam agitatum libro ſecundo Quæſtionum? Et ait, vulgo creditum, rationemque hoc facere,* [*ut*] *ſi ex re alterius ſtipuletur, partem ei dumtaxat quæri, partem domino: quod ſi nominatim ſit ſtipulatus, nec dubitari debere, quin adjecto nomine, ſolidum ei quæratur. idemque ait, & ſi juſſu ejus ſtipuletur: quoniam juſſum pro nomine accipimus. Idem & in fructuariis erit dicendum: ut quo caſu non totum adquiritur fructuario, proprietatis domino erit quæſitum; quoniam ex re fructuarii quæri ei poſſe oſtendimus.* Ulpianus quærit, ſi duo ſint fructuarii, & ſervus ſit ex re alterius ſtipulatus, utrum ei quæratur totum, an pro parte qua habet uſumfructum. Addit Ulpianus, idem hoc apud Scævolam eſſe *lib.* 2. *Quæſtionum* agitatum in duobus bonæ fidei poſſeſſoribus: quorum ſimile jus eſſe ei quod duorum fructuariorum ſit, certi res juris eſt *l.* 10. §. 4. *D. de adquirendo rerum dominio.* Ait autem Ulpianus, Scævolam dicere, vulgo creditum eſſe, & rationem efficere; ut ſervus, ſi ex re alterius bonæ fidei poſſeſſoris ſtipuletur, non ſolidum ei quærat; ſed partem ei, partem domino: opinor, quia bonæ fidei poſſeſſor, ex cujus re ſtipulatus eſt ſervus, ejus non in ſolidum eſt poſſeſſor, ſed ex parte: neque igitur poteſt ei ſervus in ſolidum adquirere, ſed pro parte qua eſt poſſeſſor: alteram autem partem non poteſt alteri bonæ fidei poſſeſſori adquirere: quia non ex re ejus, neque ex ſuis operis adquiſivit ſervus; ex quibus tantum poteſt ei adquirere: ſupereſt igitur, ut eam partem vero adquirat domino: cui ex omnibus cauſis adquirere poteſt. Sic Scævola in ſervo qui a duobus bona fide poſſidetur. idemque eſſe Ulpianus ait; ſi duos proponas fructuarios, & ex alterius re ſervus ſit ſtipulatus: quia is fructuarius ex cujus re ſtipulatus eſt ſervus, non in ſolidum fructuarius eſt, ſed pro parte. non igitur poteſt ei a ſervo adquiri in ſolidum, ſed pro parte qua fructuarius eſt: altera autem pars non adquiritur alteri fructuario; (quia neque ex re ejus, neque ex ſervi operis adquiritur) ſed domino proprietatis: cui adquiritur etiam quod fructuario adquiri nequit *d. l.* 25. §. 6. *D. de uſufructu.* Hoc, ſi ſervus ex alterius vel fructuarii, vel bonæ fidei poſſeſſoris, re vel ſimpliciter, vel utrique ſtipuletur. At ſi nominatim ſtipuletur ei cujus res eſt: ait Ulpianus *d. loc.* dubitari non debere, quin adjecto nomine ei ſolidum quærat: nempe, quia ei nominatim ſtipulatus eſt, & ex re ejus, ex qua potuit ei adquirere: idemque eſſe, & ſi ejus juſſu ſtipuletur: quia juſſum pro nomine accipimus. Ita Scævola, ſi Ulpiano credimus, *libro ſecundo Quæſtionum.*

At eam ſententiam mutaſſe Scævolam *libro* XIII *Quæſtionum*, apparet ex *l.* 19. *D. de ſtipulatione ſervorum:* quam deſcriptam eſſe ex eo libro, ejus Inſcriptio indicat. Verba hæc ſunt. *Si alienus ſervus duobus bonæ fidei ſerviens, ex unius eorum re adquirat, ratio facit, ut ei, ex cujus re adquiſivit, id totum* [*ei*] *adquirat: ſive ei ſoli, ſive quaſi duobus ſerviat. nam & in veris dominis, quotiens utrique adquiritur, totiens partes adquiri. cæterum ſi alii non adquiratur, alium ſolidum habiturum. Igitur eadem ratio erit & in propoſito, ut hic ſervus alienus qui mihi & tibi bona fide ſervit, mihi ſolidum ex re mea adquirat: quia tibi non poteſt adquiri, quia non ſit ex re tua.* In his verbis proponitur ſervus ſervire duobus bonæ fidei poſſeſſoribus, & ex unius eorum re adquirere. quæritur, utrum utrique, an uni adquirat? ait Scævola, rationem facere: ut ei ex cujus re adquiſiit, totum adquirat: neque referre, ſive ei ſoli, ſive quaſi duobus, ſerviat: hoc eſt, utrum ei ſoli, vel nominatim, vel ejus juſſu; an quaſi duobus, hoc eſt, ſimpliciter adquirat: idque firmat argumento deſumpto a veris dominis, quorum imaginem ferunt bonæ fidei poſſeſſores: id argumentum tale eſt. ſi ſervus duotum communis, hoc agit, ut utrique adquirat quod utrique adquiri poteſt; utrique partes adquiruntur: ſi vero ſit quod alteri nequit adquiri; hoc alter in ſolidum habet: etſi id agat ſervus, ut utrique adquirat. Ita in veris dominis, ipſumque etiam traditum *l.* 7. §. 1. *l.* 9. *D. de ſtipulatione ſervorum. l.* 12. *D. de auctoritate tutorum.* Idem in propoſito erit in duobus bonæ fidei poſſeſſoribus: prorſus ut ſervus qui mihi & tibi ſervit bona fide, mihi ſolidum ex re mea adquirat: quia non poteſt tibi adquirere quod ex re tua non ſit. Unde apparet, aliam fuiſſe Scævolæ ſententiam *libro* XII. *Quæſtionum*; quam Ulpianus ei *libro* II fuiſſe ſcripſit.

Eamque variationem ipſe indigitat Ulpianus *l.* 23. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio*, ſequentibus verbis. *Si quis duobus bona fide ſerviat: utrique adquiret, ſed ſingulis ex re ſua.*

Quod

Quod autem ex re alterius eſt, utrum pro parte ei cui bona fide ſervit, pro parte domino, ſi ſervus ſit; aut ſi liber ſit, ei [cui bona fide ſervit]: an vero ei debeat adquirere totum ex cujus re eſt, videamus? quam ſpeciem Scævola quoque tractat lib. 2. Quæſtionum. ait enim: ſi alienus ſervus duobus bona fide ſerviat, & ex unius eorum re adquirat; rationem facere, ut ei duntaxat in ſolidum adquirat: ſed ſi adjiciat ejus nomen, ex cujus re ſtipulatur: nec dubitandum eſſe ait, quin ei ſoli adquiratur. quia & ſi ex re ipſius ſtipularetur, alteri ex dominis nominatim ſtipulando, [ſolidum] ei adquiret. Et in inferioribus [probat]: ut, quamvis non nominatim, nec juſſu meo, ex re tamen meà ſtipulatus ſit, cum pluribus bona fide ſerviret: mihi ſoli adquirat. nam & illud receptum eſt, ut quotiens communis ſervus omnibus adquirere non poteſt, ei ſoli eum adquirere, cui poteſt. & hoc Julianum quoque ſcribere, ſæpe retuli: eoque jure utimur. Ita habent plerique codices, in quibus & Florentinus: ſed ſenſu nullo. Nam primum pro, *aut ſi liber ſit, ei [cui bona fide ſervit]: an vero,* ſcribendum, *aut ſi liber ſit, ſibi: an vero.* quod ut ſupra dixi, pulchre obſervavit V. CL. Jacobus Cujacius *lib.* 4. *Obſerv. c.* 1. Deinde, quod neque Cujacius animadvertit, neque alius, deſunt verba, *Si juſſu ejus ſtipuletur.* Inſere, & lege. *Quam ſpeciem Scævola quoque tractat lib.* 2. *Quæſtionum. ait enim, ſi alienus ſervus duobus bona fide ſerviat, & ex unius eorum re adquirat, rationem facere, ut ei duntaxat in ſolidum adquirat, ſi juſſu ejus ſtipuletur: ſed ſi adjiciat ejus nomen, ex cujus re ſtipulatur, nec dubitandum eſſe ait, quin ei ſoli adquiratur.* Sic ex conjectura ſupplevi locum: ſi conjectura dicenda eſt ad quam ducit ſenſus clarus & certus. is ſenſus eſt, Scævolam velle, *libro ſecundo Quæſtionum,* Servum qui a duobus bona fide poſſidetur, ei ex cujus re ſtipulatur, ſolidum quærere: ſed tum duntaxat, ſi aut juſſu ejus, aut ei nominatim ſtipuletur: non etiam, ſi ſimpliciter ſtipuletur ex re alterius. quod eſt conſentaneum illis quæ ex eodem *libro ſecundo* Scævolæ ſupra attulit Ulpianus *d. l.* 25. §. 6. *D. de uſufructu:* convenit quoque Ulpiani verbis quibus paulo poſt in *d.* §. 3. *l.* 23. novam & ſuperiori contrariam Scævolæ ſententiam ex ejus *libro* XIII tradit: quæ verba ſunt. *Et in inferioribus probat, ut quamvis non nominatim, nec juſſu meo, ex re tamen mea ſtipulatus ſit. &c.* Sed de his verbis paulo poſt. interim examinanda ratio eſt qua definitionem quæ *libri ſecundi* eſt, Scævola, & ex eo Ulpianus firmat *d.* §. 3. ea ratio his ejus verbis continetur. *Quia & ſi ex re ipſius ſtipularetur, alteri ex dominis nominatim ſtipulando, [ſolidum] ei adquiret.* Ita interpunguntur hæc verba. Sed malim, *Quia & ſi ex re ipſius ſtipularetur alteri ex dominis, nominatim ſtipulando [ſolidum] ei adquiret.* Senſus, nihil mirum eſſe, hæc in bonæ fidei poſſeſſoribus a Scævola recipi *libro ſecundo Quæſtionum*; cum eadem placeant in veris dominis. nam ſi ſervus duorum communis, nominatim uni ex re ipſius ſtipuletur, ei ſolidum adquirit. quamquam ſi ſimpliciter ſtipuletur ex re alterius dominorum, nihilominus commune id erit: ut Gajus refert *l.* 45. *D. de adquirendo rerum dominio, & l.* 21. §. 1. *D. de ſtipulatione ſervorum.* Sic ſediſſe Scævolæ *libro ſecundo Quæſtionum,* Ulpianus ait *d.* §. 3. *l.* 23. ſed addit, eum hanc ſententiam mutaſſe *in inferioribus,* puta, libris: id eſt; *libro* XIII *Quæſtionum.* Verba hæc ſunt, *Et in inferioribus [probat]: ut quamvis non nominatim, nec juſſu meo, ex re tamen mea ſtipulatus ſit, cum pluribus bona fide ſerviret: mihi ſoli adquirat.* Significat Ulpianus, Scævolam libro XIII mutare ſententiam quam tenuit libro II. malle enim libro XIII (quod & ante oſtendi ex *d. l.* 19. *D. de ſtipulatione ſervorum,* quæ ex eo libro eſt) ſervum qui a duobus bona fide poſſidetur; cum ex re alterius poſſeſſoris ſtipulatur; ſive ſimpliciter, ſive ex juſſu ejus cujus res eſt, ſive ei nominatim ſtipuletur, ei omnibus illis caſibus indiſtincte ſolidum acquirere. Et addit rationem Ulpianus: ea ratio eſt. *Nam & illud receptum eſt, ut quotiens communis ſervus omnibus adquirere non poteſt, ei ſoli adquirat cui poteſt.* Ulpianus petit argumentum a ſervo duorum communi: qui ſi ſtipuletur rem quæ utrique adquiri poteſt, eam utrique adquirit: ſin minus, ſoli adquirit ei cui poteſt: etſi neque ejus juſſu, neque ei nominatim ſtipulatus ſit: atque ita Julianum exiſtimaſſe, ex eoque ſæpe retuliſſe ſe, Ulpianus ait. quod verum eſt; & apparet ex *l.* 7. §. 1. *D. de ſtipulatione ſervorum, & l.* 12. *D. de auctoritate tutorum.* Hoc igitur cum in communi obtineat ſervo; idem vult Scævola *d. libro* XIII, ex eoque Ulpianus *h.* §. obtinere etiam in ſervo a duobus bona fide poſſeſſo: nempe, ut, ſi ex re unius ſtipuletur, ſive ſimpliciter, ſive ejus juſſu; ſive ei nominatim, ei indiſtincte ſolidum adquirat: tantum quia non poteſt alteri ex re alterius adquirere. Sed finiamus: ſatis enim quod demonſtrandum fuit, demonſtravimus; totum Ulpiani locum qui eſt in *d. l.* 23. §. 3. *D. de acquirendo rerum dominio,* eſſe hoc reſtituendum modo. *Si quis duobus bona fide ſerviat: utrique adquiret, ſed ſingulis ex re ſua. Quod autem ex re alterius eſt, utrum pro parte ei cui bona fide ſervit, pro parte domino, ſi ſervus ſit; aut ſi liber ſit,* ſibi: *an vero ei debeat adquirere totum ex cujus re eſt, videamus? quam ſpeciem* Scævola *quoque tractat* lib 2. Quæſtionum. *ait enim: ſi alienus ſervus duobus bona fide ſerviat, & ex unius eorum re adquirat; rationem facere, ut ei duntaxat in ſolidum adquirat,* ſi juſſu ejus ſtipuletur: *ſed ſi adjiciat ejus nomen, ex cujus re ſtipulatur: nec dubitandum eſſe ait, quin ei ſoli adquiratur. quia & ſi ex re ipſius ſtipularetur alteri ex dominis, nominatim ſtipulando [ſolidum] ei adquiret. Et in-*

Digitized by Google

inferioribus [*probat*]: *ut, quamvis non nominatim, nec juſſu meo, ex re tamen mea ſtipulatus ſit, cum pluribus bona fide ſerviret: mibi ſoli adquirat. nam & illud receptum eſt, ut quotiens commuuis ſervus omnibus adquirere non poteſt; ei ſoli eum adquirere, cui poteſt. Et hoc Julianum quoque ſcribere, ſæpe retuli: eoque jure utimur.*

CAPUT XIX.

Ulpianus emendatus in Fragmentis tit. XI. *& Lex Duodecim Tabularum de teſtamentaria tutela expoſita.*

Nemo eſt qui neſciat; Lege Duodecim Tabularum permitti patrifamilias, liberis ſuis impuberibus, ſive feminini, ſive maſculini ſexus ſint, ſi modo in poteſtate & proximi gradu ſint, in teſtamento tutores dare; atque ita a Gajo definiri *l.* 1. *pr.* §. 1. *&* 2. *D. de teſtamentaria tutela:* ſed qua ratione definiatur, nemo, quantum ſcio, demonſtravit: etſi id complures ſerio tentarint. erit igitur ea res pulchri atque elegantis examinis: in primis quia Lex Duodecim Tabularum ex qua profecta ea definitio eſt, ſimpliciter loquuta videtur, *Uti legaſſit ſuper pecunia tutelave ſua, ita jus eſto.* Plerique aliter Legem confingunt. Sed eſt mihi idoneus teſtis Julius Paulus *l.* 53. *D. de verborum ſignificatione*, Legem dixiſſe, *ſuper pecunia tutelave ſua*; vel, ut Florentiæ legitur, *ſuper pecuniæ tutelæve ſuæ.* Et Paulo ſuffragatur Ulpianus in *Fragm. tit.* XI. modo, ut decet, ſcribatur, *Uti legaſſit ſuper pecunia tutelave ſua, ita jus eſto.* Hactenus quidem editur, *ſuper pecunia tutelave rei ſuæ:* ſed eſt, quod verear: ne verba, *rei ſuæ*, neque Legis, neque Ulpiani ſint: verum alicui debeantur Juris Studioſo: qui ad oram libri ſui in quo vera erat Ulpiani lectio, *ſuper pecunia tutelave ſua*, annotaverat, alibi exſtare, *ſuæ rei.* Atque hac forma repræſentatur pars Legis (ut ſæpe non integræ, nec ſuis verbis, recitantur leges, cum nec integris opus verbis, nec veris) apud Pomponium *l.* 120. *D. de verborum ſignificatione*, & Juſtinianum *pr. Inſt. de lege Falcidia.* Sed hoc cum non obſervaſſet per incogitantiam aut imperitiam Librarius; facile factum fuit, ut apud Ulpianum pro, *ſuper pecunia tutelave ſua*, quomodo ſcribendum erat, admixtis quæ in ora reperiebat verbis, efficeret, *ſuper pecunia tutelave rei ſuæ:* longe abſurdiſſime. Non enim dixiſſe Legem, *ſuper pecunia tutelave rei ſuæ*; ſed, *ſuper pecunia tutelave ſua*, vel, *ſuper pecuniæ tutelæve ſuæ*, ut dixi, auctor eſt Julius Paulus. Idemque Juris regula oſtendit, ipſa deſumpta ex hac lege: quæ regula eſt, (prout ex Ulpiano, Pomponio, & Marciano, diſcimus) Tutorem perſonæ teſtamento dari poſſe; rei vel cauſæ non poſſe *l.* 12. *& ſeqq. D. de teſtamentaria tutela.* Ea vero regula verbis, *ſuper pecunia tutelave rei ſuæ*, non convenit; ſed ab hiſce, *ſuper pecunia tutelave ſua*, non abhorret. Nempe, pater & filius qui in ejus domo & poteſtate eſt, Jure Civili pro eadem perſona habentur: uſque adeo, ut filius vivo patre cum eo quodammodo dominus intelligatur; & poſt patris mortem non hereditatem percipere videatur, ſed magis liberam bonorum adminiſtrationem conſequatur. Id Pomponius docet *l.* 11. *D. de libris & poſthumis:* nec minus Lactantius *lib.* 4. *Divin. Inſt. c.* 29. *Cum quis*, inquiens, *habet filium, quem unice diligit, qui tamen ſit in domo & manu patris, licet ei nomen domini poteſtatemque concedat, civili tamen jure & domus una & unus dominus nominatur.* Hanc patris & filii qui in ejus familia & poteſtate ſit, ſive conjunctionem, ſive unitatem, Lex indigitat: cum ait, *Paterfamilias, uti legaſſit ſuper pecunia tutelave ſua, ita jus eſto.* Nec aliud vult, quam quod paterfamilias legarit ſuper hereditate ſua tutelave ejus qui idem ipſi ſit, hoc pro jure obſervari. Atque inde confecta a Sapientibus eſt quam dixi, regula, Tutorem perſonæ dari: certæ rei vel cauſæ non dari. Nec illa tantum; ſed hæc quoque quæ ex Q. Mucii Scævolæ *libro ſingulari* ὅρων, id eſt, Definitionum quæ deſumptæ in primis ſunt ex Legibus Duodecim Tabularum, in hæc extat verba *l.* 73. §. 1. *D. de regulis juris, Nemo poteſt tutorem dare cuiquam, niſi ei quem in ſuis heredibus, cum moritur, habuit, habiturusve eſſet, ſi vixiſſet.*

CAPUT XX.

Reum in jus vocatum, ſi non habeat fidejuſſores quibus caveat judicio ſiſti, includi carceri: etſi paratus ſit, juratoriam cautionem præſtare.

Satis conſtat, ex Titulo VIII libri ſecundi Digeſtorum, qui eſt, *Qui ſatisdare cogantur, vel jurato promittant, vel ſuæ promiſſioni committantur*, oportere reum in jus vocatum ab actore, ſi velit evitare neceſſitatem in jus ſequendi actorem, ei cavere judicio ſiſti, datis fidejuſſoribus locupletibus: tantumque excipi perſonas neceſſarias, a quibus qualemcumque dari fidejuſſorem, id eſt, etiam non locupletem ſufficit *l.* 1. 2. *&* 3. *D. in jus vocati ut eant, aut ſatis vel cautum dent.* Æque conſtat eſſe, qui in jus vocati, non

Digitized by Google

non cogantur ſatisdare; ſed poſſint juratoria cautione defungi. eſtque pervulgata ſententia, in his eſſe qui fidejuſſorem invenire nequeant: modo hoc primum ſacramento affirment, & deinde juratoriam cautionem præſtent.

Id vero a Jure noſtro eſſe alienum, mihi perſuadeo. Nam quod attinct ad ſecundum caput *Novellæ* 112. in quo capite hoc tradi creditur: in eo nihil tale. tantum agitur ibi de actore a quo præſtanda ſit ſatisdatio pro litium expenſis: cæterum de cautione judicio ſiſti a reo præſtanda, ne ei neceſſe ſit in jus venire, qua de cautione hæc noſtra eſt diſputatio, ne minimum quidem exſtat veſtigium. ut hoc intelligatur: ſufficit inſpectio dicti Capitis ſecundi, cujus Inſcriptio eſt in hæc verba. *De cautione quæ ante reorum citationem præſtari debet ab actore.* Ipſius autem Capitis verba talia ſunt. *Ad excludendas autem calumnioſe moventium intentiones & executorum fraudes aliud invenit providentia noſtra remedium. Sancimus enim omnes judices, ſi quando aliquos teneri vel amoveri voluerint, hanc conditionem in ſuis interlocutionibus adjicere, ut non aliter conventionales libelli pulſatis porrigantur, aut ſportulæ executoribus dentur, niſi prius & in libellis actor per ſe aut per tabularios ſubſcripſerit: & actis intervenientibus fidejuſſorem idoneum periculo competentis officii præſtiterit, confiteutem, quod uſque ad finem litis permaneat, & ſuas intentiones aut per ſe aut per legitimum procuratorem exerceat: & ſi poſtea fuerit approbatus injuſte litem moviſſe, ſumptum & expenſarum nomine decimam partem ejus quantitatis, quæ in libello continetur, pulſato reſtituat. Si autem dixerit, non valere fidejuſſorem dare: tunc apud Judicem a quo cauſa examinanda eſt, ſanctis propoſitis Evangeliis per ſacramentum hoc ipſum affirmet, & ſic juratoriam cautionem exponat, & per eam hæc quæ ſuperius dicta ſunt, profiteatur.* In his verbis quæ rei cautio in judicio ſiſti? nulla. igitur fruſtra inde petitur, ubi inducta non eſt. quid, ſi nec ante hanc Novellam obtinuit? ſolito Prætore, concedere actori, volenti judicio experiri, adverſarium ſuum in jus vocare; ac niſi ſatis vel cautum det, poſt anteſtationem, in jus ducere ad Prætorem, poſtulationibus ſedentem; alioquin in carcerem, ubi ſervetur in ſequentem poſtulationis diem, in jure ſiſtendi cauſa. Ejus rei teſtimonium (quod unus obſervavit. V. CL. Jacobus Rævardus, *Ad. Leg.* XII. *Tab. c.* 5.) eſt apud Plautum, *in Perſa* 2. 4. 18. *SA*, *Vadatur hic me. PÆ. Utinam vades deſint, in carcere ut ſis.* Id tamen, ne nimis vetuſtum, eoque obſoletum eſſe videatur, juvabo auctoritate Imp. Juſtiniani, de ſuis temporibus idem confirmantis *l.* 19. *C. de teſtibus*, verbis ſequentibus. *Si quando invitos teſtes in pecuniariis cauſis ex noſtra lege aliquis trahere maluerit, ſi quidem ſua ſponte fidejuſſionem ſuæ perſonæ ſine damno præſtare velint, hoc fieri: ſin autem noluerint, non carcerali cuſtodia detrudi, ſed ſacramento eos committi cenſemus. Si enim pro toto litis certamine jurijurando teſtium credendum eſſe putaverint hi, qui eos produxerint: multo magis præſentiam ſuam teſtibus ſacramento eorum credere debent.* Ex his Juſtiniani verbis diſcitur, teneri reos in jus vocatos, actori cavere datis fidejuſſoribus: quod niſi faciant, in carcerem detrudi. idemque obtinuiſſe in teſtibus, teſtimonii cauſa in jus vocatis: licet parati eſſent, juratoriam præſtare cautionem: donec hos a regula juris excepit Imp. Juſtinianus: præfatus, abſurdum eſſe, quibus jurantibus creditur pro toto litis certamine: ipſis non credi jurantibus, certo die ſe in judicio adfore teſtimonii gratia. Hæc igitur cum ſit in teſtibus exceptio; perſeverat regula in reis in jus vocatis: in quibus mutata non eſt. Illud videamus, quale ſit, quod Ulpianus *l.* 2. §. 6. *D. de judiciis* ſcribit. *Si dubitetur, utrum in ea quis cauſa ſit, ut domum revocare poſſit, nec ne: ipſe Prætor debet cauſa cognita ſtatuere. Quod ſi conſtiterit, in ea eum eſſe cauſa, ut domum revocet: debebit cavere in judicio ſiſti: ſtatuente Prætore, in quem diem promittat. Sed utrum nuda cautione, an ſatisdato, Marcellus dubitat. Mihi videtur ſola promiſſione: quod & Mela ſcribit: alioquin compelletur judicium accipere, quam invenire eos qui ſatis pro eo dent.* Ulpianus ait, Romæ conventum, ſi domum revocet, cum conſtiterit, eum habere jus revocandi domum, debere cavere in judicio ſiſti. utrum tamen ſatiſdato, an nuda cautione, Marcellum dubitare. ſibi vero videri ſola promiſſione: addita ratione, *Alioquin compelletur judicium accipere, quam invenire eos qui ſatis pro eo dent.* Deeſt vocula *magis:* quod ſæpe fieri, dudum obſervavit Antonius Auguſtinus *lib.* 2. *Emendationum & opinionum c.* 1. ſenſus Ulpiani; Romæ conventum ab actore, ſi domum revocet, & conſtet eum habere jus revocandi domum, excuſandum eſſe a neceſſitate præſtandæ ſatisdationis: ne inopia fidejuſſorum fiat: ut ei intervertatur jus revocandi domum. Eſt igitur hic ſingularis cauſa admittendæ nudæ cautionis; & ideo non trahenda ad exemplum.

Caput XXI.

Capitis minutionem Veteribus aliquando dici triplicem, maximam, mediam, minimam: aliquando duplicem, magnam & minorem, ſine periculo offen-

Digitized by Google

ſionis. Ulpianus emendatus, explicituſque l. 1. §. 8. D. Ad Senatuſconſultum Tertyllianum.

Hoc capite videbo, an poſſim opem ferre Ulpiano, laboranti in his verbis *l.* 1. §. 8. *D. Ad Senatuſconſultum Tertyllianum.*

Capitis minutio ſalvo ſtatu contingens liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem. nam vetus ſola hereditas quæ Lege XII *Tabularum defertur, capitis minutione perimitur: novæ vel ex Lege vel ex Senatusconſultis delatæ, non perimuntur capitis deminutione. proinde ſive quis ante delatam, ſive [poſt] delatam, capite minuatur, ad legitimam hereditatem admittitur: niſi magna capitis deminutio interveniat quæ vel civitatem adimit, ut puta ſi deportetur.*

In hanc lectionem omnes conſentiunt codices. Interpretum quoque nemo, quantum recordor, ei intendit litem de ſinceritate. Non timebo tamen affirmare, eſſe corruptam. quod ſi cui moleſta ſit hæc mea fiducia; doceat me, cupientem diſcere, quid deſignent prima Ulpiani verba, *Capitis minutio ſalvo ſtatu contingens:* non enim intelligo, quomodo illa ſalvo ſtatu contingat capitis minutio. Rem putemus: quid eſt capitis minutio? nonne ſtatus permutatio? ſic utique definitur *l.* 1. *D. de capite minutis:* nec magis maxima & media, quam minima. Paulum audiamus *l. ult. D. eod. tit. Cum*, inquit, *& libertas & civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam eſſe capitis deminutionem conſtat.* Rurſus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 32. *Capitis minutione amittitur* (uſusfructus), *ſi in inſulam fructuarius deportetur, vel ſi ex cauſa metalli ſervus pœnæ efficiatur, aut ſi ſtatum ex adrogatione vel adoptione mutaverit.* Paulus dicit, ſtatum mutari non modo deportatione & ſervitute pœnæ, quæ ſunt exempla maximæ & mediæ capitis deminutionis; ſed etiam arrogatione vel adoptione, id eſt, capitis deminutione minima. qua igitur fronte Ulpianus in *d. l.* 1. §. 8. *Capitis*, inquit, *minutio ſalvo ſtatu contingens liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem?* Si quid video; deeſt Ulpiano verbum, quod non improbabiliter ſic reſtituam. *Capitis minutio ſalvo ſtatu c. contingens:* id eſt, Capitis minutio ſalvo ſtatu *civitatis* contingens. Siglis enim his, C. O. apud Veteres ſignificatur, *civitas omnis:* ut docet Valerius Probus, *Notis Veterum.* facile autem Librarius imperitus, aut non attendens ad poteſtatem Sigli, C, & contra reputans, a tali litera incipere ſequentem vocem, *contingens*; neglecta ea, tamquam ſupervacua, ſcripſit, *Capitis minutio ſalvo ſtatu contingens:* cum ſcribendum eſſet, *Capitis minutio ſalvo ſtatu* civitatis *contingens.* Ea forma idem Ulpianus *l.* 2. *D. de capite minutis, Pertinet*, inquit, *hoc Edictum ad eas capitis deminutiones quæ* ſalva civitate *contingunt*: Paulus quoque *l.* 5. §. *ult. D. eod. tit. Primo*, infit, *de ea capitis deminutione quæ* ſalva civitate *accidit.* Capitis porro minutio, ſalva civitate contingens, tantum familiam mutat; nec alia eſt, quam *minor:* cui Ulpianus in ipſo §. 8. *d. l.* 1. opponit *magnam:* dicens, eam *vel civitatem adimere:* id eſt, etiam civitatem adimere. verba Ulpiani ſunt. *Niſi magna capitis deminutio interveniat, quæ vel civitatem adimit, ut puta ſi deportetur.* Magnam, inquis, capitis deminutionem video, minorem quæro. quid, ſi utramque nomine demonſtrat Ulpianus *l.* 1. §. 4. *D. de ſuis & legitimis heredibus*, his verbis, *Filius autem ſuus heres eſſe deſinit, ſi capitis deminutione* magna *vel* minore *exiit de poteſtate?* Eſt igitur Ulpiano duplex capitis deminutio, magna vel minor: hæc accidit familiæ mutatione, illa amiſſione civitatis: altera tollit privata, altera publica jura *l.* 5. §. 3. *D. de capite minutis.* Calliſtratus *l.* 5. §. 3. *D. de extraordinariis cognitionibus* id ſic exprimit. *Conſumitur vero* (exiſtimatio) *quotiens magna capitis minutio intervenit, id eſt, cum libertas adimitur: veluti cum aqua & igni interdicitur, quæ in perſona deportatorum venit, vel cum plebejus in opus metalli, vel in metallum datur; nihil enim refert, nec diverſa pœna eſt operis & metalli, niſi quod refugæ operis non morte, ſed pœnæ metalli ſubjiciuntur.* Calliſtratus aliquibus videtur corruptus; pleriſque obſcurus; Franciſco Duareno *lib.* 1. *Diſput. anniverſ. c.* 9. integer: taliſque mihi occurrit. primum ait Calliſtratus, exiſtimationem conſumi, *quotiens* magna *capitis minutio intervenit:* ſic vero oſtendit duplicem, quam dixi, capitis minutionem, magnam & minorem. cum autem quæri poſſit, quæ ſit magna: deinde addit, *id eſt, cum libertas adimitur:* appellatione libertatis non privata familiæ, ſed publica civitatis, jura ſignificans. hoc quoque ne pariat obſcuritatem, duplice ea libertate, alia naturali; alia civili: utriuſque exemplo illuſtrat. unum eſt: *veluti cum aqua & igni interdicitur, quæ* (capitis minutio) *in perſona deportatorum venit.* alterum eſt: *vel cum plebejus in opus metalli vel in metallum datur.* poſterius exemplum manifeſtum eſt: datione enim in metallum, vel in opus metalli, utraque tollitur libertas, tam naturalis, quam civilis: quippe cum ea contingat pœnæ ſervitus. prius obſcuriorem habet rationem: deportato libertatem retinente, etſi amittat civitatem. nec tamen hoc confundit Calliſtratum, nam qui civitatem amittit, ut deportatus, is quidem Jure Gentium liber eſt: retinet enim quæ Juris Gentium ſunt. cæterum amittit quæ ſunt Juris Civilis *l.* 15. *D. de interdictis & relegatis*: nec ideo eſt Jure Civili liber; quod ſit liber Jure Gentium. Hoc voluit Calliſtratus: & ante obſervavit Livius *lib.* 45. *c.* 15. Verba Livii. *Omnibus quinque & triginta tribubus emovere: id eſt, libertatem*

civi-

civitatemque eripere. Cicero quoque *pro Cæcina*, *Si*, inquit, *ſemel civitas adimi poteſt, retineri libertas non poteſt. qui enim poteſt jure Quiritium liber eſſe qui in numero Quiritium non eſt.* Eſt igitur duplex capitis deminutio, magna & minor. ut eſt duplex libertas: una publica civitatis, altera privata familiæ. Imo eſt triplex capitis deminutio, maxima, media, minima. ſic Juſtinianus *tit. Inſt. de capitis deminutione*; ſic Paulus *l. ult. D. de capite minutis*; ſic Ulpianus *in Fragm. tit.* XI. §. X. *& l.* 63. §. 10. *D. Pro ſocio*; atque exemplo libertatis triplicis, naturæ, civitatis, ac familiæ. præit Auſonius *Idyll.* XI.

Triplex libertas, capitisque minutio triplex.

Sed nullum periculum: eſt enim in verbis differentia; in re nulla. cum dicitur triplex eſſe capitis minutio; maxima mutatur naturæ, minore civitatis; minima familiæ ſtatus. ita cum tres ſint gradus libertatis: tres ſunt ſpecies capitis deminutionis. at cum duplicem facimus capitis deminutionem, magnam & minorem: hæc pertinet ad privata familiæ, illa ad publica civitatis jura, ipſa partim civilia, partim naturalia: dividendi forma minime inſolita Ulpiano, ſimili modo in *l.* 1. § 2. *D. de juſtitia & jure* dicenti, Duas eſſe juris Poſitiones, publicum & privatum: cum Auſonius in Duodecim Tabulis reperiat jus triplex: privatum, publicum, & ſacrum. verba Auſonii.

Jus triplex, Tabulæ quod ter ſanxere quaternæ.
Sacrum, privatum, populi commune quod uſquam eſt.

Nulla plane contradictio eſt: Ulpianus enim, faciens jus duplex, privatum & publicum, ſub publico etiam ſacrum complectitur: ut ex ejus verbis intelligi poteſt. ita perinde eſt, ac ſi dicat, jus eſſe vel privatum, vel publicum; & hoc rurſus vel in ſpecie publicum; vel ſacrum. id vero quid eſt? niſi quod Auſonius dicit, jus eſſe triplex, privatum, publicum, & ſacrum.

CAPUT XXII.

Paulus correctus lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 34.

Verba Pauli ſunt *lib. 3. Sentent. tit.* 8. §. 34. *Rei mutatione amittitur uſusfructus: ſi domus legata incendio conflagraverit, aut ruina perierit, licet poſtea reſtituatur.*

Si hæc videtur Pauli ſcriptura; non ſervavit Paulus verborum proprietatem. cur enim facit mentionem legatæ domus: cum tractet quæſtionem de legato uſufructu? nam domus non uſumfructum, ſed proprietatem, ſignificat. ita non recte dicitur legata domus cujus legatus ſit uſusfructus. nec aptius dicitur mutatione rei amitti uſusfructus, ſi domus legata incendio conflagraverit, aut ruina perierit: igitur, niſi intercedat quis doctior, ſcribam: *Rei mutatione amittitur uſusfructus, ſi* domus *incendio conflagraverit aut ruina perierit.* Eo modo Juſtinianus §. 3. *Inſt. de uſufructu: Conſtat*, inquiens, *ſi* ædes *incendio conſumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio ſuo corruerint, exſtingui uſumfructum.* Cogitavi quoque, an poſſit reſtitui: *ſi domus uſ. lg. incendio conflagraverit:* id eſt, *ſi* domus, uſufructu legato, *conflagraverit.* quomodo fere Ulpianus *l.* 4. §. 2. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur*, ait, *Rei mutatione interire uſumfructum placet: veluti* uſusfructus *mihi* ædium *legatus eſt.* ædes *corruerunt vel exuſtæ ſunt.*

CAPUT XXIII.

Imp. Gordianum l. 4. C. de pactis conventis tam ſuper dote probabiliter corrigi ab Antonio Mureto; ſed ejus ſpeciem ab eo imperite concipi: temere exploſa Accurſii ſententia, apta & idonea.

Imp. Gordiani verba ſunt in *l.* 4. *C. de pactis conventis tam ſuper dote.*

Pactum dotale quo matrem conveniſſe cum patre tuo proponis, Ut, ſi in matrimonio deceſſiſſet, tibi & fratribus tuis dos reſtitueretur: *ſi ſtipulatio ex perſona veſtra, cum in poteſtate patris conſtituti non eſſetis minus legitima interceſſit, defuncta ea in matrimonio, actionem vobis quærere non potuit.* [*Sed*] *ſi obligatione verborum rite intercedente, dotis petitionem habere potuiſti, maxime ſi adhuc vinculis poteſtatis patriæ non attigeris, petitionem exequi non probiberis.*

Sic editur; *Vinculis poteſtatis patriæ attigeris.* eſt ubi legitur, *attingeris.* mihi probabilis eſt conjectura Antonii Mureti, Viri Clariſſimi, *lib. ſing. Obſerv. juris c.* 6. emendantis, *attineris:* ut in illo Taciti, *lib.* 13. *Annal. c.* 27. *Vinculo ſervitutis attineri.* cæterum ut Mureti lectionem laudo: ita minus probo litem quam Accurſio movet de Reſcripti ſpecie. veram enim formavit Accurſius: illamque Muretus injuria damnat: ſubſtituta de ſuo alia, ab uſu temporis Gordiani longe remota. id oſtendam evidenter: ſi primum ei pro Accurſio reſpondero.

Accurſius, ut inveniat Reſcripti ſenſum, duo ſupponit: primum putat, dotem marito datam eſſe a muliere, conſtante matrimonio.

idque

idque fieri poſſe, intelligitur ex *l.* 7. §. 3. *D. de jure dotium*, & §. 3. *Inſt. de donationibus.* deinde fingit, emancipatos fuiſſe filios quibus mater, cum marito daret dotem, eam reddi pacta eſt. hoc vero & Græcis incidit, *Baſilic. lib.* 29. *tit.* 5. *pag.* 695 & *ſeq. tom.* 4. neque Reſcripti verbis repugnat. Muretus tamen præ ſe fert, utrumque eſſe commentitium ac nugatorium: cauſatus, quod ſi jam emancipati a patre forent filii, non fuit, cur in extrema Reſcripti parte ab Imperatore addatur, *Maxime ſi adhuc vinculis poteſtatis patriæ non attingeris*, vel *attineris*. Sed nihil agit Muretus. quis enim miretur ſapiens & juris intelligens, filium a patre emancipatum; in patris poteſtatem recidere? Inſtat ille, vix hoc fieri poſſe; & eſſe abſurdum, talia comminiſci. Verum quid vetat, hoc arrogatione fieri; indice præſertim Ulpiano? niſi Mureto tam ſordidus videtur Ulpianus, quam ab eo minus modeſte dicitur Accurſius. at Ulpianus *l.* 8. §. 7. *D. de bonorum poſſeſſione contra tabulas* ita ſcribit, *Si quis emancipatum filium exheredaverit, eumque poſtea adrogaverit.* Et *l.* 12. *D. de adoptionibus*, *Qui liberatus eſt patria poteſtate, is poſtea in poteſtatem honeſte reverti non poteſt, niſi adoptione.* Modeſtinus quoque *l.* 41. *D. eod. tit.* quæ eſt ex lib. 2. Regularum, *Si*, inquit, *pater filium ex quo nepos illi eſt in poteſtate, emancipaverit, & poſtea eum adoptaverit: mortuo eo, nepos in patris non revertitur poteſtatem. Nec is nepos in patris revertitur poteſtatem, quem avus retinuerit filio dato in adoptionem, quem denuo redadoptaverit.* Retinenda igitur omni modo eſt Accurſii ſpecies, a Reſcripti verbis, & juris ratione minime aliena: etſi a Mureto indecore explodatur. Græci certe in Baſilicis non aliter ſenſerunt, Reſcriptum ſic transferentes, Fabroto interprete. *Si mulier cum marito convenerit, ut morte ejus ſoluto matrimonio dotem communibus liberis reſtitueret: ſi quidem jam filii nati erant, & ſui juris effecti a patre ſuo ſtipulati ſunt: ex ſtipulatu habuerunt actionem. ſin autem cum eſſent ſui juris, ſtipulati non ſunt, aut erant in poteſtate: adverſus patrem nullam habent actionem: neque enim ex pacto alieno quis actionem adquirit: neque filius qui in poteſtate eſt, recte a patre ſtipulatur.* Satis dixi pro Accurſio.

Examinemus nunc Mureti ſpeciem. quam ille ait veram eſſe, & omnem ſcrupulum eximere. Mulier, inquit Muretus, nuptura ei ex quo jam antea naturales liberos ſuſceperat, in danda dote pacta eſt, ſi in matrimonio deceſſiſſet, eam filiis communibus reſtitutum iri. poſtea, nupſit, atque eo modo liberi qui prius non erant in patris poteſtate, in ea eſſe cœperunt. moritur mater. quæritur, an filii adverſus patrem habeant actionem ad dotem repetendam? reſpondet Imperator, Si minus interceſſerit legitima ſtipulatio ex perſona ipſorum: id eſt: niſi ipſimet ſint a patre ſtipulati, dotem eo caſu reſtitutum iri: (quod facere poterant, cum non eſſent in ejus poteſtate) non eſſe eos ex materno pacto habituros actionem. ſed ſi interpoſita ex ipſorum parte eſt ſtipulatio, maxime, id eſt, ita demum, eos habere actionem adverſus patrem, ſi jam ex illius poteſtate exierint. nam ſi adhuc in poteſtate ſint; nemini dubium eſt, inter eos & patrem judicium conſtare non poſſe. Sic Muretus. Sed blanditur ſibi: non enim probanda ſunt quæ dicit. primum, Reſcripti verba conſideremus, Murete: te enim alloquar. ubi dicitur mulier ante, quam nupſit, ex viro liberos ſuſcepiſſe; aut ubi mentio naturalium filiorum? deinde quis te docuit, naturales liberos qui non erant in patris naturalis poteſtate, ob inſecutum ejus matrimonium cum eorum matre, eſſe hic in patris poteſtate cœpiſſe? non enim ignorare te præclara tua ſinit eruditio, ſervandam interpretaturo leges veteres omnimodo eſſe hiſtoriam Juriſprudentiæ, non uno die de cœlo lapſæ more imbris, ſed incrementa ſua paulatim ſortitæ ex uſu hominum & temporum opportunitate. adeo ſi veram ſequimur rationem. quid reſtat, Murete? niſi, ut quæ vertuntur in hoc Gordiani Reſcripto, exigamus ad mores temporis Gordiani. atqui id quod dicis, nulli tum in mentem venit nato homini. quid, ſi nec potuit venire? nondum cognita legitimatione per ſubſequens matrimonium. primus eam formam, niſi fallor, introduxit Conſtantinus; & abrogatam deinde a Zenone reſtituit atque abſolvit tandem Juſtinianus *l.* 5. *l.* 10. *l.* 11. *C. de naturalibus liberis*, & *Novell.* 89. Qui igitur potuit Gordiani tempore cogitari de legitimatione per matrimonium, eo Principe adhuc incognita, & ſub Conſtantino demum inventa? Sed manifeſtus erroris eſt Muretus, immeritoque reprehenditur ab eo Accurſius.

CAPUT XXIV.

Gordianus emendatus l. 6. C. de ſolutionibus & liberationibus.

Quid vult Imperator Gordianus *l.* 6. *C. de ſolutionibus & liberationibus*, ſic reſcribens Alexandro?

Si inter patrem tuum eoſque quos debitores eſſe dicebas, non de dubia lite tranſactio facta eſt, ſed parte tantummodo recuperata, univerſum ſe recepiſſe cavit, nec de ſuperſtuo eos quos verbis obligavit, per acceptilationem liberavit, nec donationis cauſa id factum eſt, exuberantis debiti integra ei repetitio competit.

Meo judicio, una peccat litera. pro, *nec donationis cauſa id factum eſt*, puto, *nec donationis*

nis cauſâ id pactum eſt. Ita mutata litera, facilis fit ſenſus, uſque adhuc incommodus: nempe pater Alexandri ad quem reſcriptum eſt, recuperata a debitoribus parte debiti, cavit, ſive profeſſus eſt in apocha, univerſum ſe recepiſſe debitum. idem deinde vult petere reliquum. rogat Alexander Gordianum per Libellum, an ejus patri competat exuberantis debiti integra repetitio? reſcribit Imperator, competere; ſi non de reliquo debito, cum de eo dubia lis eſſet, ſit tranſactio interpoſita; aut alioquin id non ſit a patre gratis remiſſum per acceptilationem, perve nudum pactum donationis cauſa. ſic cenſeo; nec opus demonſtratione: liquet.

CAPUT XXV.

Emendatio l. 12. C. de rei vindicatione.

Impp. Diocletiani & Maximiani verba ſunt in *l. 12. C. de rei vindicatione.*

Incivile atque inuſitatum eſt, quod poſtulas, ut mancipium, quod tradidiſti, & eo modo dominium ejus tranſtuliſti, invito eo, ex noſtro Reſcripto tibi aſſignetur. Unde intelligis; ancillæ ſemel emptoris factæ filios etiam poſtea natos, ejus dominium ſequi, cujus mater eorum eo tempore fuerit. Sane de pretio, ſi non hoc ante probatum fuerit te recepiſſe, conveni adverſarium tuum.

Quid denuntiant verba, *invito eo*, quo ſpectant? ſine dubio ad traditum mancipium. ſic vero eſt inconditus ſenſus atque inſipidus: ſupervacuo, ut ſtet vel irrita ſit venditio, venditi mancipii conſenſu. cogitavi igitur, an præſtet legi. *Incivile atque inuſitatum eſt, quod poſtulas, ut mancipium quod tradidiſti, invito emp.* (vel forte, *ēp.*) *ex noſtro Reſcripto tibi aſſignetur.* Siglo hoc, *emp.* apud Veteres *emptor* deſignatur: auctore Valerio Probo, *Notis Veterum.* eo ex Siglo pro *emptore* facile ſurrepſit *eo*. Sic divinaveram: cum poſt deinde in Notis marginalibus Ludovici Charondæ, V. CL. poſitum reperi integris literis *emptore:* neſcio, utrum ab ejus ingenio, an ex manuſcripto libro: nil enim additur. Æque venuſte conjecerim, *invito ero:* id eſt, invito mancipii hero, ſeu domino. quæſtio enim *d. l.* 12. eſt de voluntate non mancipii, ſed domini: quem non minus *erum*, quam *herum* dixerunt Veteres. ea ratione in *l.* 11. §. 6. *D. Ad legem Aquiliam* Florentiæ extat. *Legis autem Aquiliæ actio* ero, *competit, hoc eſt domino.* Hoc exemplo cum eſſet in *d. l.* 12. ſcribendum *ero*, proclivis fuit error Librarii, ſcribentis *eo*. Eſt ſimilis lapſus in hoc Ulpiani ex *l.* 23. §. 3. *D. eod. tit.* *Idem Julianus ſcribit, æſtimationem hominis occiſi ad id tempus referri, quo plurimi in eo anno fuit, & ideo & ſi pretioſo pictori pollex fuerit præciſus; & intra annum quo præcideretur, fuerit occiſus, poſſe* [eum] *Aquilia agere: pretioque eo æſtimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amiſiſſet.* Sic Florentiæ editur peſſimo ſenſu. at erit optimus: emendantibus, *poſſe erum Aquilia agere:* id eſt, poſſe occiſi ſervi herum ſeu dominum Aquilia agere. quod feliciſſime animadvertiſſe Jacobum Cujacium, *lib.* 27. *Obſerv. c.* XI. jam indicavi, *lib. ſing. Ad legem Aquiliam c.* XII. Non ignoro, verba, *ipſum* & *ipſam* pro *hero* & *hera* dici a ſervis, voces eas uſurpantibus loco propriorum nominum; idque notaſſe Iſaacum Caſaubonum, Notis ad Theophraſti *Caracteres ethicos, pag.* 39, ex Plauto & Terentio. eoque exemplo, mea opinione, Apollo ſic ait, apud Ovidium *lib.* 2. *Metamorph. fab.* 5.

Quilibet alter agat portantes lumina currus.
Si nemo eſt, omneſque Dei non poſſe fatentur.
Ipſe agat.

Ipſe eſt, Jupiter Deorum rex & dominus. At is uſus etſi in vocibus, *ipſe* & *ipſa*, ſit: in *eo* & *ea*, quantum ſcio, non apparet: ac ſi appareret, ad Juriſconſultos aut Imperatores non pertineret.

CAPUT XXVI.

Calliſtratus reſtitutus l. 27. §. 1. D. de pœnis.

Calliſtrati verba *l. 27. §. 1. D. de pœnis.*

De Decurionibus & Principalibus civitatium qui capitale admiſerint, Mandatis cavetur, Ut ſi quis [*id*] *admiſiſſe videatur propter quod relegandus extra provinciam in inſulam ſit: Imperatori ſcribatur adjecta ſententia a Præſide.*

Vellicant me hæc Calliſtrati verba. eſt enim ſermo de Decurionibus & Principalibus civitatium, qui admiſerint capitale crimen. tale vero eſt, cujus pœna eſt mors naturalis, aut exilium: id eſt, in inſulam deportatio quæ mors civilis habetur. cæteræ pœnæ ad exiſtimationem, non ad capitis periculum pertinent: veluti relegatio ad tempus, vel in perpetuum, vel in inſulam. ipſe ſic Calliſtratus *l. 28. pr. & §. 1. D. eod. tit.* Non igitur ſervit ejus propoſito quod ſequitur; *Ut ſi quis id admiſiſſe videatur propter quod relegandus extra provinciam in inſulam ſit.* Sed vi-

deamus, ne ei ſic aptari poſſit. *De Decurionibus & Principalibus civitatium qui capitale admiſerint, Mandatis cavetur, aut ſi quis* [*id*] *admiſiſſe videatur propter quod relegandus extra provinciam iu inſulam ſit: Imperatori ſcribatur adjecta ſententia a Præſide.* Sic lego, *aut ſi quis:* cum edatur hactenus, *ut ſi quis.* cauſam vitio dedit Σύγχυσις in verbis, *Mandatis cavetur*, quæ verba e commate ſuo ſunt trajecta in aliud. ſic enim ſcribendum fuit; volentibus evitare Σύγχυσιν. *De Decurionibus & Principalibus civitatium qui capitale admiſerint,* aut *ſi quis* [*id*] *admiſiſſe videatur propter quod relegandus extra Provinciam iu inſulam ſit*, Mandatis cavetur: *Imperatori ſcribatur adjecta ſententia a Præſide.* Sed malim ego Σύγχυσιν, etſi duram, explicatione adjuvare, quam correctione expungere: quia in eam conſentiunt omnes libri; & eſt frequens Veteribus: ut aliquot exemplis obſervavit Voſſius, *lib.* 4. *Inſt. Orat. c.* 1. *ad fin.* & ante eum Alciatus, *lib.* 10. *Parerg. c.* XI. ut ut erit; ſubaudienda apud Calliſtratum eſt vocula, *ut:* quam ſæpe ſubintelligi in ſermone omiſſam, notum eſt, & notavit Franciſcus Sanctius, *Minerva lib.* 4. *c.* 7. *De Ellipſi.* Ita Calliſtrati ſenſus, Mandatis caveri; ne Decuriones & Principales civitatium, ſi admiſerint crimen capitale, (hoc eſt, dignum morte aut deportatione) aliudve ob quod extra provinciam relegandi ſint in inſulam, a Præſide puniantur, antequam Imperatori ſcribatur, & ab eo ſententia confirmetur. Sic cenſeo; atque amplius, non tractare Calliſtratum de genere pœnæ, a Præſide infligendæ Decurionibus & Principalibus civitatium: ſed de modo quo in pœna capitali, aut alia illis infligenda Præſes uti debeat: hoc eſt, utrum poſſit eos punire ſtatim, ac damnati ſint; an primum debeat de pœna ſcribere ad Principem. Eodemque pergit hoc Calliſtrati §. 2. *d. l.* 27. *Alio quoque capite Mandatorum in hæc verba cavetur: Si qui ex principalibus alicujus civitatis latrocinuim fecerint, aliudve quod facinus, ut capitalem pœnam meruiſſe videantur, commiſerint: vinctos eos cuſtodies, & mihi ſcribes, & adjicies, quid quiſque commiſerit.*

CAPUT XXVII.

Venditorem fundi in quo erat ſepulchrum, ſi in contrahenda venditione non excepiſſet iter ad ſepulchrum. poſt traditum fundum, Ciceronis & Labeonis tempore non habuiſſe iter ad ſepulchrum. ſed ab hoc jure deinde moribus eſſe receſſum. Pomponii ſenſus & lectio l. 5. *D. de ſepulchro violato.*

Vix dubito, ita fuiſſe aliquando Jure Civili obſervatum: ut venditor fundi in quo erat ſepulchrum, niſi in contrahenda venditione nominatim pactus eſſet, ut ſibi liceret per fundum ire ſepulturæ cauſa, deinde iter ad ſepulchrum non haberet. Ex hoc jure Cicero, *Pro S. Roſcio Amerino: Multa*, inquit, *ſimul aute oculos verſabantur: mors hominis florentiſſimi, S. Roſcii, crudeliſſima: filii autem ejus egeſtas indiguiſſima, cui de tanto patrimonio prædo iſte nefarius ne iter quidem ad ſepulchrum patrium reliquiſſet.* Ciceroni accedit Labeo *l.* 53. §. 1. *D. de actionibus empti & venditi:* ſic ſcribens. *Si eum fundum vendidiſti, in quo ſepulchrum habuiſti, nec nominatim tibi ſepulchrum excepiſti: parum habes eo uomine cautum.* Labeonis ſenſus eſt, Si vendidiſti fundum in quo erat ſepulchrum: tum, ſi excepiſti tibi ſepulchrum; & ſepulchrum retines, quia id excepiſti; & iter ad ſepulchrum, quia alioquin nulla foret cauſa aut utilitas excepti ſepulchri *l.* 10. *D. de religioſis.* ſed ſi cum fundum venderes, non excepiſti tibi ſepulchrum: retines quidem ſepulchrum, quia a te non eſt venditum, etſi non ſit exceptum: ſed iter ad ſepulchrum non retines, quia ubi vendidiſti fundum, neque ſepulchrum excepiſti, non poteſt exceptum videri iter ad ſepulchrum: cujus non eſt facta in venditione mentio. Recte igitur Labeo, *Si non nominatim tibi ſepulchrum excepiſti: parum habes eo nomine cautum.* Et tamen id interdum aliter ſe habere Civili Jure, animadvertit Paulus, Notis ad Labeonem, his verbis *d. l.* 53. §. 1. *Minime, ſi modo iu ſepulchrum iter publicum trauſit.* Optime: nam ſi id ſit: licet tibi ad ſepulchrum tranſire itinere publico. quod ſi non ſit; ut Labeo ait, *parum habes eo nomiue cautum.* At quod Ciceronis & Labeonis tempore non obtinuit juris regulis, deinde adverſus eas eſſe conſuetudine receptum, auctorem habeo Pomponium *l.* 5. *D. de ſepulchro violato*; modo bene accipiantur ejus verba. nam ſunt moleſtiſſima Doctiſſimis Viris. Pomponii verba ſunt.

> *Utimur eo jure, ut domiuis fundorum in quibus ſepulchra fecerint, etiam poſt venditos fundos adeundorum ſepulchrorum ſit jus. legibus namque prædiorum vendundorum cavetur, Ut ad ſepulchra quæ in fundis ſunt, iter eis aditus, ambitus, funeris faciendi ſit.*

Pomponii ſenſus eſt, Quod dominis fundorum in quibus ſepulchra fecerint, ex regulis juris, etiam poſt venditos fundos, non eſt jus adeundorum ſepulchrorum. ſed adverſus eas regulas eſt uſu receptum: (hoc enim volunt hæc verba, *eo jure utimur*; ut pluribus oſten-

oſtendi *lib.* 1. *Probabilium c.* 2. *&* 3.) ut fundorum dominis etiam poſt venditos fundos ſit jus adeundorum ſepulchrorum. Qua ratione? ait Pomponius, *Quia legibus prædiorum vendundorum cavetur : Ut ad ſepulchra quæ in fundis ſunt, iter eis aditus, ambitus, funeris faciendi ſit.* Pomponius per *leges prædiorum vendundorum* non ſignificat leges publice latas de forma vendundorum prædiorum, quod video aliquos exiſtimare: ſed pacta ſeu conventa prædiorum venditioni privatim a venditore adjecta: ut *Lex* ſæpe accipitur, *l.* 77. *l.* 22. §. 1. *l.* 40. *pr. &* §. 1. *D. de contrahenda emptione*; etiam apud Catonem, *De re ruſtica*, *c.* 146. 147. 148. 149. *&* 150. Eſt igitur Pomponii ſenſus, quia pactis prædiorum vendundorum cavetur, id eſt, quia his pactis plerumque cavetur, vel quia his caveri ſolet; ut ad ſepulchra quæ in fundis ſunt, iter eis aditus, ambitus funeris faciendi ſit. porro quod eſt moris & conſuetudinis, etſi adjectum non ſit, in bonæ fidei judicio pro adjecto habetur: ſimili collectione qua Ulpianus *l.* 31. §. 20. *D. Ædilitio Edicto*, *Quia*, inquit, *aſſidua eſt duplæ ſtipulatio, idcirco placuit, etiam ex empto agi poſſe, ſi duplam venditor mancipii non caveat : ea enim quæ ſunt moris & conſuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire.* Poſſent hæc ſufficere ad intellectum *d. l.* 4. niſi variaret ejus lectio in libris manu ſcriptis. nam in pleriſque eſt, *iter eis, aditus, ambitus funeri faciendi ſit.* in Pandectis autem Florentinis editur a Taurellio, *iter ejus aditus, ambitus, funeri faciendi ſit.* Ex quo Jacobus Cujacius, *lib.* 13. *Obſerv. c.* 36. facit *iter & jus aditus.* Sed ſcribo, *eis iter, aditus, ambitus, funeris faciendi ſit:* vel ita: *eIuS aditus, ambitus, funeris faciendi ſit.* Quod valet, *eis jus aditus, ambitus, funeris faciendi ſit.* Eſt autem *eis*, eis ſepulchris. nam ſepulchris deberi iter, docet Paulus *l.* 4. *D. Quemadmodum ſervitutes amittuntur*, *& l.* 14. §. 1. *D. de ſervitutibus.* Et eſt ſimilis ea locutio huic Veteris Lapidis apud Gruterum, *Corpore Inſcriptionum*, *pag.* 611. *Inſcr.* 13. HVIC. MONVMENTO. ITER. ADITUS. AMBITVS. DEBETVR. EX. SENTENTIA. EROTIS. AVG. L. IVDICIS. Poſtremo dicitur in *d. l.* 5. *Eis iter, aditus, ambitus funeris faciendi ſit.* Apud Accurſium eſt, *funeris faciendi cauſa.* non male. nec ob id repudianda prior lectio. eſt enim frequens omiſſio verbi *cauſa.* at hanc quia multis jam oſtendit Antonius Auguſtinus, *lib.* 2. *Emendat. c.* 1. *pag.* 99. *&* 100, non agam actum.

FINIS LIBRI II.

OBSERVATIONUM.

INDEX CAPITUM

utriuſque libri Obſervationum.

LIBRI PRIMI.

CAP. I. *Modeſtini locus elegans qui eſt in l. pen. D. Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficis, ex conjectura reſtitutus.* 297

II. *Julianus l. 20. D. de legibus ex Plutarcho illuſtratus: & collatus alius Plutarchi locus cum l. 3. & l. 6. D. de pœnis.* 298

III. *Errare doctiſſimos viros, qui opinantur, populum Romanum Lege Regia omni ſe jure & majeſtate abdicaſſe in honorem Principis; idque ab Ulpiano l. 1. D. de Conſtitutionibus Principum ſignificari verbis,* Ei & in eum. *Verus eorum verborum ſenſus: & ſimiles loquendi figuræ apud Julianum l. 2. §. 3. D. de jure codicillorum, & Vellejum Paterculum lib. 2. quem a Juſto Lipſio, V. CL. emendari ſine neceſſitate.* 298

IV. *Quo ſenſu ſcribat Paulus,* Imperatorem ex imperfecto teſtamento legata aut fideicommiſſa vindicare, inverecundum eſſe. *Extricata in primis l. 23. D. de legatis lib. 3.* 299

V. *Quid apud Pomponium l. 28. D. de uſufructu ſit,* Numiſmatibus aureis vel argenteis veteribus pro gemmis uti? *& expuncta levis menda ex Ulpiano l. 27. §. 4. D. de auro, argento, mundo.* 301

VI. *Iſidori locus de actione finium regundorum ab errore revocatus unius literæ mutatione.* 303

VII. *Gaji Fragmentum quoddam quod eſt in l. 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis, a Juris noſtri Architectis ſub illo Titulo collocari perperam. quo pertineat; & quis ſit verus ejus ſenſus.* 303

VIII. *Ad peremptorium edictum non veniri poſt tria, ſed poſt duo, edicta. Reſtituta Ulpiani verba quæ luxata hactenus ſunt in l. 68. & l. 70. D. de judiciis: & Hermogenianus l. 53. D. de re judicata correctus explicituſque.* 304

IX. *Si quas in fundo lapidicinas, cretifodinas, arenifodinas, aut quæcumque alia metalla, exercuit dominus proprietatis; his fructuarium uti poſſe, legato fundi uſufructu. Quid, ſi dominus nulla exercuit? adhuc fructuarium inſtituere ea poſſe, quibus nihil agriculturæ nociturus ſit. Quid, ſi in iis quæ inſtituere velit fructuarius, plus reditus ſit, quam in vineis, vel arbuſtis, vel olivetis? an poteſt ea dejicere? non videri. Ulpianus l. 13. §. 5. D. de uſufructu liberatus interpolatione plane turbulenta & male cohærente.* 305

X. *An fructuarius, legato fundi uſufructu, ex venatione vel aucupio habeat quæſtum reditumve, ſi quæ in fundo ſint vivaria aut ornithones? Et quiſnam ille quæſtus & reditus ſit? Quid, ſi venationes aut aucupia ſint in fundo non circumſepto? Fructus pro ferarum fœtibus. Exercere feras, quid? Tryphoninus extricatus l. 62. pr. & §. 1. D. de uſufructu.* 308

XI. *Lacus & ſtagna clauſa non diſtingui a piſcinis; neque ſilvas circumſeptas a vivariis, ſive leporariis. Vindicata Franciſci Hotmani V. CL. emendatio in l. 3. §. 14. D. de adquirenda poſſeſſione, improbata Accurſii, Jacobi Cujacii, Hugonis Grotii, aliorumque Clariſſimorum Virorum ſententia.* 310

XII. *Neratii locus ſane difficilis qui eſt in l. 61. pr. & §. 1. D. de uſufructu, expeditus.* 311

XIII. *Voluſius Mæcianus l. 9. D. de lege Rhodia de jactu emendatus,* Æthalia *pro* Italia *ſubſtituta.* 312

XIV. *Plinii locus de Pado flumine correctus.* 313

XV. *Clamorem cujus meminit Gajus l. 4. §. 1. D. Ad legem Aquiliam, a Lege Duodecim Tabularum non deſiderari circa cædem nocturni furis: neque a Triboniano videri profectum. eum deberi Gajo; & eſſe ex Eurematicis.* 313

XVI. *Corruptum videri Marcellum. l. 72. D. de ſolutionibus, etiam Ulpianum l. 7. §. 2. D. de injuriis, & quemadmodum reſtituendus ſit uterque locus.* 314

XVII. *Quid apud Celſum l. ult. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta ſit* Pro portione emptionis & venditionis eſt. *Apud Plautum* Pro portione nec vir, nec mulier tu mihi es, *recte legi adverſus V. CL. Janum Gulielmium.* 315

XVIII. *De lectione & intellectu Senatuſconſulti Vellejani, apud Ulpianum l. 2. §. 1. D. Ad Senatuſconſultum Vellejanum.* 316

LIBRI SECUNDI.

I. *Mandatum, quamvis nominatim conferatur poſt mandatoris mortem, tamen ejus morte ſecundum regulas Juris ſine diſtinctione finiri.* 319

II. *Si quis mandet, ut quis ſibi poſt mortem ſuam faciat monumentum, aut ut fundum emat hereditario monumento; mandatum poſt ejus mortem adverſus mandati formam veni-*

neratione religionis ſuſtineri. Ulpianus l. 12. §. ult. D. Mandati vel contra expoſitus; & ſuppleta ex manuſcriptis libris lacuna. 320

III. Deterſa Gajo macula l. 13. D. Mandati vel contra. 321

IV. In l. 18. §. 2. D. de mortis cauſa donationibus non mandatum eſſe, ſed fideicommiſſum. 322

V. Ex Senatuſconſulto, temporibus Imperatoris Claudii facto, in Urbe licuiſſe patruo fratris ſui filiam uxorem ducere, florentibus Juriſconſultis, ex quibus collecta ſunt Pandectarum Fragmenta. An in Provinciis quoque? non videri. Quæ in Urbe ſunt ſingulari ratione conſtituta, non fuiſſe utique in Provinciis recepta. Gajus l. 55. D. de ritu nuptiarum expoſitus ope Inſcriptionis. Interpolatum videri quemdam ejuſdem Gaji locum, qui eſt lib. 1. Inſtitutionum, tit. De matrimoniis §. 3. rejecta Franciſci Hotmani ſententia. 323

VI. Ulpianus levi mendo liberatus l. 45. §. 6. D. de ritu nuptiarum. 325

VII. Quomodo fiducia, pignus, & hypotheca, apud Veteres diſtinguantur? Iſidorus emendatus. 325.

VIII. Fuiſſe Prætori cauſam juſtam & neceſſariam in Edicto ſuo proponendi actionem Servianam, & mox quaſi Servianam, quæ alias hypothecaria appellatur. Et quænam fuerit illa ratio. 326

IX. Antichreſin recte definiri a Jureconſultis, mutuum pignoris uſum; ab iiſque Claudium Salmaſium, V. CL. ſine ratione diſſentire. Marcianus l. 33. D. de pigneratitia actione explicitus, ſalva vetere lectione adverſus Salmaſium. Verbum pro formula ibidem & in aliis quibuſdam locis. Idem Marcianus ex conjectura emendatus l. 11. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis. 327

X. Non eſſe probabilem Salmaſii ſententiam circa intellectum l. 9. §. 2. D. de ſupellectile legata. Alius & verus ejus ſenſus demonſtratur, diſpuncta macula quæ eum locum deformavit hactenus. 329

XI. Quo ſenſu ſcribat Paulus l. 54 D. de contrahenda emptione, Rem bona fide venditam, propter minimam cauſam inemptam fieri non debere. 331

XII. Male habere Venulejum l. ult. D. de uſu & uſufructu legato, & remedium quo ad ſanitatem reducendus ſit, demonſtratum. 332

XIII. Verba, ſeu ſegnitia, in l. 8 C. de pigneratitia actione non eſſe Impp. Philippi A. & Philippi C. ſed indocti Interpretis. 334

XIV. Ulpianus expoſitus l. 17. §. 7. D. de injuriis, & Proculus l. 15. D. de tritico, vino, vel oleo legato emendatus. 334

XV. Notabilis loquendi forma apud Ulpianum l. 4. D. de curatoribus furioſo & aliis extra ordinem dandis. 335

XVI. In editis ſcriptiſque exemplaribus variare lectionem Marcelli l. 11. D. Quemadmodum ſervitutes amittuntur; Ulpiani l. 15. §. 4. D. de uſufructu; Juliani l. 23. D. de act. empt.; Ulpiani l. 4. D. de cuſtodia reorum; Pauli l. 14. D. de uſufructu; ac l. 65. §. 1. D. de condictione indebiti; Juſtiniani pr. Inſt. de militari teſtamento, & l. ult. C. de reſtitutione militum; eamque varietatem a neglecta obſervataque Siglorum poteſtate proficiſci. Simile quid tentatum circa Ulpianum l. 35. D. de procuratoribus. 336

XVII. Probata ex Siglis Cujacii conjectura in l. 60. D. Pro ſocio; & nova addita. 337

XVIII. Emendatus Ulpiani locus corruptiſſimus qui eſt in l. 23. §. 3. D. de adquirendo rerum dominio. 337

XIX. Ulpianus emendatus in Fragmentis tit. XI. & Lex Duodecim Tabularum de teſtamentaria tutela expoſita. 340

XX. Reum in jus vocatum, ſi non habeat fidejuſſores quibus caveat judicio ſiſti, includi carceri: etſi paratus ſit, juratoriam cautionem præſtare. 340

XXI. Capitis minutionem Veteribus aliquando dici triplicem, maximam, mediam, minimam: aliquando duplicem, magnam & minorem, ſine periculo offenſionis. Ulpianus emendatus, explicituſque l. 1. §. 8. D. Ad Senatuſconſultum Tertyllianum. 341

XXII. Paulus correctus lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 34. 343

XXIII. Imp. Gordianum l. 4. C. de pactis conventis tam ſuper dote probabiliter corrigi ab Antonio Mureto; ſed ejus ſpeciem ab eo imperite concipi: temere exploſa Accurſii ſententia, apta & idonea. 343

XXIV. Gordianus emendatus l. 6. C. de ſolutionibus & liberationibus. 344

XXV. Emendatio l. 12. C. de rei vindicatione. 345

XXVI. Calliſtratus reſtitutus l. 27. §. 1. D. de pœnis. 345

XXVII. Venditorem fundi in quo erat ſepulchrum, ſi in contrahenda venditione non excepiſſet iter ad ſepulchrum, poſt traditum fundum, Ciceronis & Labeonis tempore non habuiſſe iter ad ſepulchrum. ſed ab hoc jure deinde moribus eſſe receſſum. Pomponii ſenſus & lectio l. 5. D. de ſepulchro violato. 346

Digitized by Google

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

DE

FORMA EMENDANDI
DOLI MALI,

IN CONTRAHENDIS NEGOTIIS ADMISSI, APUD VETERES LIBER.

EDITIO TERTIA.

Digitized by Google

Ad Virum Clariſſimum & Eruditiſſimum,

GERARDUM NOODT,

JURISCONSULTUM,

In Academia Lugduno Batava Anteceſſorem;

Cum in lucem ederet librum ſingularem

De forma emendandi doli mali, in contrahendis negotiis admiſſi, apud Veteres.

NOODTI, *quo docto non exſtat nomen in orbe*
Notius, o Themidis cura decuſque tuæ!
Sic volo, ſic jubeo, *dudum eſt ratio ultima Regum;*
Quot ratio Leges perdidit illa bonas!
Sic lego, *Doctorum dudum eſt ratio ultima, ſæpe*
Sed ratio, ſanæ quæ rationis eget.
Qui toties Leges Veterum, & Reſponſa refigunt,
Sæpe docent, quam ſint Juris in Arte rudes.
Sed qui Romani corrupta volumina Juris
Emendatrici poſſe carere manu,
Et tot in affecto tolerari Corpore cenſet
Vulnera poſſe, bonam non amat ille fidem.
Si quis Ariſtarchum, Veterum nulli arte ſecundum,
Te negat eſſe, dolo non caret ille malo.
Tam docte emendas, tam ſcite corrigis, ut ſis
Cujacii par aut proximus ingenio.
Jamque novo inſignis confirmas pignore libri,
Te critico leges non temerare ſtilo.
Perge, Probabilium *felix inventor, & auctor;*
Judicium nobis perge probare tuum.
Tot conjecturis, Tibi quas debemus, acutis
Ipſa Probabilius nil putat eſſe Themis.

CORNELIUS VAN ECK,
Juriſconſultus & Anteceſſor.

GERAR-

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

DE

FORMA EMENDANDI

DOLI MALI,

IN CONTRAHENDIS NEGOTIIS ADMISSI, APUD VETERES, LIBER.

Caput I.

Dolus *quid, & unde Donato? Eum* dolum *Veteribus eſſe* bonum *vel* malum. *De* dolo bono *Ulpiani ſententia.*

E re erit, in limine Operis quod eſt de forma caſtigandi doli mali, in contrahendo admiſſi, paucis præmittere, quid Veteres doli mali appellatione ſignificent. eſſe autem dolum a lædendo dictum, id eſt, a dolando, id eſt, minuendo, Donatus auctor eſt, ad Terentii Eunuchum, *act. 3. ſc. 3. verſ. 9.* præfatus, quod & δόλος Græce læſio dicitur: & dolones, tela quædam bellica: & dolare fabri, lignum eſt aſcia cædere.

Sed non ſufficit, ſcire, quid ſit dolus: niſi intelligamus, quis ſit malus: quia dolus eſt ex mediis verbis, ut venenum, tempeſtas, valetudo, alia, quæ capere poſſint duas inter ſe res contrarias. Illi rei teſtimonium dicit A. Gellius, *Noct. Attic. lib.* 12. *c.* 9. Ulpianus quoque *l.* 1. §. 3. *D. de dolo malo* obſervat, in Edicto de dolo malo non contentum fuiſſe Prætorem, *dolum* dicere, ſed adjeciſſe *malum:* & cauſatur, Veteres *dolum* etiam *bonum* dixiſſe, & pro *ſolertia* hoc nomen accepiſſe. Ac ne quis requireret ejus exemplum doli: eſſe inquit, ſi adverſus hoſtem latronemve machinetur. Recte: ſi his vim intendat, tamquam hoſtibus aut latronibus. quæ enim veritas debetur eis, qui rumpentes humanæ fœdus conjunctionis, humano jure pro nullis habentur? hac ratione occidere eos licet. quid ni fallere licebit? Non ita eſt: ſi cum his agatur de reſtituendo humani juris commercio. quæ enim ratio ſuadet, cum eis, tamquam hominibus, conveniri de integranda ſocietate: ea ratio vult, eis, tamquam hominibus, præſtari veritatem: ſine qua non ſit libertas communi hominum jure. Habes unum exemplum doli boni, quod eſt Ulpiani *d.* §. 3. *l.* 1. ſed ne ſolum ſit, addam alterum ex §. 2. *ejuſdem loci.* Id exemplum eſt in his qui deſerviunt, & tuentur vel ſua, vel aliena: hoc eſt, qui diſſimulant; non ut communi officiant conjunctioni; ſed ut ei ſerio proſint. De Medicis Seneca *lib. 6. De benefic. c.* 15. *Quod deſerviunt, quod a rebus ſuis avocati nobis vacant.* ſervire eſt prodeſſe: deſervire valde prodeſſe: vocula *de* augente verbi ſignificationem; perinde ut in *depoſito* notat Ulpianus *l.* 1. *D. Depoſiti vel contra.* finge, quem per inſaniam aut morbum ire ſe perditum: hunc veri diſſimulatione deludi; ne pereat ideo, quod ſua non intelligat bona. eſt dolus: ſed communi approbatur ſenſu. non enim ſinat ratio, ne homo perdat hominem quem poteſt ſervare: ut non æque velit, ne homo homini præſtet veritatem qua eum perditurus ſit. ſane, ut ille apud Terentium, *Andria, act.* 1. *ſc.* 1. *verſ.* 115.

> *– – – Si illum objurges, vitæ qui auxilium tulit:*
> *Quid facias illi qui dederit damnum aut malum?*

Igitur jure humanæ conjunctionis (cui non minus veritatem, quam cæteras virtutes, ſervire æquum eſt) non eſt vitium, veri diſſimulatione ſervare hominem, abſque ea foret, vero periturum. Idem dicam, ſi quis diſſimulatione ſe vel alium tuetur adverſus aliquem qui non movetur legibus rationis: impediente furore, ira, aut ebrietate. ut enim hunc fallat diſſimulatione: quam tamen injuriam facit ei cui non debet veritatem, communi adverſam utilitati? facit igitur diſſimulatio etiam hic dolum bonum: id eſt, a ſocietate humanæ conjunctionis quam omnes qui ſe bonos juſtoſque dici volunt, ſine exceptione juvare oportet, minime alienum. At non eſt faciendum malum, quantumvis ſecuturo bono? Tamquam ſapiens appellet malum quod ad communem decurrit utilitatem. erras: ratio numquam damnat humanæ ſtudium conjunctionis. imo quod huc ducit,

ſemper vocat bonum. ac ſi rem recta putamus via: quam tandem dabimus cauſam, cur homini ab homine debeatur veritas? niſi quod alter alteri naturali ratione, quaſi tacita lege, jungitur, teneturque quadam juris ſocietate: quæ, niſi integra atque illæſa uniuſcujuſque libertate de ſuis commodis ſuo arbitrio judicandi ſtatuendique, nulla eſt. ſit igitur ei qui rationem, id eſt, naturæ legem, ſequi poſtulat, (quod omnes ſine exceptione facere oportet) prima ſocietatis, altera veri cura: nec verum quærat propter verum, ſed ut veri obſervatione communem juvet utilitatem, a veri negligentia minime ſperabilem. quod ſi eſt, huc devenitur; ut homo homini cum quo ei ſit humani juris ſocietas, debeat veritatem; ſicut ei cætera debet jura: nec alias tamen, quam ſi communi ſervitura ſint utilitati: ad quam ſpectat humanæ jus conjunctionis. cæterum ſi ad perdendas magis, quam ad juvandas, res humanas pergant: quod dubium eſt, utrum præſtet, communem ſequi utilitatem cum nullius injuria, an veritatem non dicam inanem, ſed ipſi cui exhibetur, aliiſque noxiam & pernicioſam? Aliquis dicat: Deus cujus virtutibus conformem eſſe hominem, quantum poteſt, convenit, verus eſt. Ut hoc concedam: quis neſcit, eumdem Deum qui eſt verus, in primis eſſe humanis rebus utilem ac ſalutarem? nil igitur vetat, hominem quem volumus Divinas imitari virtutes, omni modo agere, ut ſe hominibus ſemper præbeat utilem, ſi liceat, veri profeſſione; ſin minus, ejus ſimulatione aut diſſimulatione. Dixi de dolo bono: quantum ſufficit Ulpiano.

CAPUT II.

De doli mali definitione. & an aliqua Veterum circa eam fuerit diſſenſio. Ulpiano lux in l. 1. §. 2. D. de dolo malo.

Doli mali prolixior erit inſpectio: varia ejus definitione apud Veteres. Gallus enim Aquilius apud Ciceronem, *De Officiis lib.* 3. ait, Dolum malum eſſe, *cum aliud agitur, aliud ſimulatur:* eaque definitione utitur Julius Paulus, *lib.* 1. *Sentent. tit.* 16. At Galli auditor Servius Sulpicius *l.* 1. §. 2. *D. de dolo malo*, verbis paulo pluribus ait, *Dolum malum eſſe, machinationem quamdam alterius decipiendi cauſa, cum aliud ſimulatur, & aliud agitur.* Nec aliter Ulpianus *l.* 7. §. 9. *D. de pactis*; cum, *Dolus*, inquit, *malus fit calliditate & fallacia: & ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quoties circumſcribendi alterius cauſa aliud agitur; & aliud agi ſimulatur.* Idem tamen, quod mireris, Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. ſic ſcribit. *Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quamdam alterius decipiendi cauſa, cum aliud ſimulatur & aliud agitur. Labeo autem poſſe & ſine ſimulatione id agi, ut quis circumveniatur: poſſe & ſine dolo malo aliud agi, & aliud ſimulari: ſicuti faciunt qui per ejuſmodi diſſimulationem deſerviunt & tuentur vel ſua vel aliena. Itaque ipſe ſic definiit, dolum malum eſſe omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera eſt.* Non fuere igitur Veteres in definiendo dolo malo ſemper eadem uſi loquendi formula.

Nec tamen mea me fallit opinio, fuiſſe unam non modo Galli Aquilii & Servii Sulpicii, ſed Labeonis quoque & Ulpiani, de dolo malo ſententiam. Argumentum mihi, quod Cicero qui utrique, cum Aquilio, tum Servio, familiaris fuit, complura de doli mali definitione diſſeruit: ſed non meminit novæ Servianæ. tantum ſequitur Aquilianam; eamque ab homine definiendi perito factam atteſtatur *d. lib.* 3. Ne Labeo quidem *d. l.* 1. §. 2. a Servii definitione recedit; minuſque eam erroris convincit: etſi dubitationem quam in ea facere videbatur exempli demonſtratio, plurium adjectione illuſtret. ſcilicet animadvertebat Labeo, ſi Serviana definitio ad definiendi leges rationeſque exigeretur: facile in ea duo poſſe reprehendi. unum, quod ſine ſimulatione poteſt agi, ut quis circumveniatur. alterum, quod ſine dolo malo aliud agi, aliud ſimulari poteſt. prioris exemplum Labeo nullum adfert. cæterum alludit ad verbum, *ſimulare*, quod & Galli & Servii definitione continetur. id vero verbum diſtinguitur a *diſſimulare* quod a Gallo aut Servio doli mali definitioni non eſt inſertum. ſimulamus enim falſa; vera diſſimulamus: ut Nonius refert *pag.* 731. Poteſt igitur dolus malus fieri ſine ſimulatione: ſed ſine ſimulatione & diſſimulatione fieri non poteſt. hæc prior Labeonis obſervatio. poſterioris exemplum eſt in his qui per diſſimulationem deſerviunt & tuentur vel ſua vel aliena. fac: Medicus ægrum decipit falſo nomine: ſuavem appellans potum qui ſit ingratus. eſt diſſimulatio & dolus: ſed non eſt dolus malus. non enim debet Medicus ægro veritatem ei nocituram. contra debet ei ſtudium reſtituendæ ſalutis. hoc cum ſequitur, & ſanat ægrum, quamquam deluſum veri diſſimulatione: tamen non capit eum; injuriam certe ei nullam facit. Dicet aliquis, Servium huic dubitationi occurrere per verbum *decipiendi:* quo *capiendi* vis ſemper contineatur. Sed ei qui hoc cenſeat, opponam Titum Lucretium. Verba Lucretii ex *lib.* 1. *De rerum natura* hæc ſunt.

Sed veluti pueris abſinthia tetra medentes
Cum dare conantur, prius oras pocula circum

Con-

Contingunt mellis dulci flavoque liquore,
Ut puerorum ætas improvida ludificetur
Labrorum tenus: interea perpotet amarum
Abſinthi laticem, deceptaque non capiatur.
Sed potius tali facto recreata valeſcat.

Sic, ſi aut Aquilius aut Servius uſus eſſet vera ac propria definitione: quæ conſiſtit ex genere & differentia. At non id egit aut hic aut ille. uterque voluit, tantum aliquam facere demonſtrationem ex qua quid eſſet dolus malus, qualiter qualiter intelligeretur: Ita perinde erit, ac ſi quærat quis, Quid eſt dolus malus? & alius reſpondeat, Ut cum aliud agitur & aliud ſimulatur: vel verbis paulo pluribus, Dolus malus eſt, verbi gratia, machinatio quædam decipiendi cauſa, cum aliud ſimulatur & aliud agitur. Quam definiendi formam Veteribus familiarem fuiſſe, cum ex Iſidoro *lib.* 2. *Origiuum c.* 29. *verſ. Undecima*, *pag.* 881. tum ex noſtris jam demonſtravi olim *lib.* 1. *De juriſdictione & imperio c.* 2. *&* 4. Sed quid opus verbis? uſum ea in propoſito fuiſſe Aquilium, docuit me Cicero *lib.* 3. *De officiis*, verbis tam claris, ut non poſſit clarioribus. * Verba Ciceronis. *Nondum Aquilius collega & familiaris meus protulerat de dolo malo formulas: iu quibus ipſis cum ex eo quæreretur, quid eſſet dolus malus, reſpondebat, cum eſſet aliud ſimulatum, aliud actum.* Non eſt igitur ſic accipienda aut Aquilii aut etiam Servii definitio, quaſi ſit perfecta & juſta, in qua nihil addi, aut demi, poſſit: quo caſu male omiſſa foret diſſimulatio. ſed quia magis eſt deſcriptio ab exemplo, recte dicitur dolus malus eſſe, cum aliud ſimulatur & aliud agitur; nec ob id videtur aut hic, aut ille, diſſimulationem in definitione excluſiſſe. Simili ratione Servius, cum dolum malum appellat, machinationem quamdam decipiendi cauſa, non utique ad ægrum reſpicit aut ſimilem, cujus interſit, ſe decipi: nec magis ſibi proponit hoſtem cui ideo non debeatur veritas, quia jure belli pro nullo habetur: ſed aliquem ſupponit hominem cui in contrahendis tranſigendiſve negotiis ad intelligendam ſuam utilitatem judicii libertate opus ſit: quo in caſu ſi decipiatur, eum dolo malo lædi ac capi, id eſt, injuria affici, veriſſimum eſt: quia ei jure humano & veritas debetur, & relinquenda judicii libertas eſt. Sed utrumque ex hoc Ciceronis *d. lib.* 3. intelligitur. *Quod ſi Aquiliana definitio vera eſt, ex omni vita ſimulatio diſſimulatioque tollenda eſt. ita nec ut emat melius, nec ut vendat, quiſquam ſimulabit vir bonus. Atque iſte dolus malus etiam legibus erat vindicatus: ut tutela XII Tabulis, & circumſcriptio adoleſceutum lege Lætoria, & ſine lege judiciis in quibus Ex fide boua agitur. reliquorum autem judiciorum hæc verba maxime excellunt, iu arbitrio rei uxoriæ Melius æquius: in fiducia, Ut inter bonos bene agier. Quid ergo aut in eo quod æquius melius eſt, poteſt ulla pars ineſſe fraudis: aut cum dicitur, inter bonos bene agier, quidquam agi doloſe, aut malitioſe poteſt? dolus autem malus ſimulatione & diſſimulatione, ut ait Aquilius, continetur.* Idem de Ulpiano dicam: qui quamquam in *d. l.* 1. §. 2. probet Labeonis definitionem: tamen in *d. l.* 7. §. 9. *D. de pactis* utitur ea quæ eſt Pedii, atque eadem Servianæ. Ita fit mihi veroſimile, & Labeonem & Ulpianum magis pertendere ad explicandam Servii mentem, quam ad refellendum aliquem ejus errorem. Atqui Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. *Labeonis*, inquit, *ſententia vera eſt.* Sed non idcirco vult, Servii falſam eſſe. ſatis intelligebat, Veteres paſſim qualibus qualibus uti rerum deſcriptionibus: raro accuratis & juſtis definitionibus. Fuit igitur utrique, tam Ulpiano, quam Labeoni negotium, monere, captanda non eſſe Servii verba; ſed ſano ſenſu accipienda. Nec eſt quod offendat loquendi forma, *Labeonis ſeuteutia vera eſt.* non enim eſt Veteribus inuſitata: & occurrit talis aut ſimilis in *l. ult. D. Si ſervitus vindicetur*: quæ eſt ex *Labeonis lib.* 1. *Pithanon a Paulo epitomatorum.* In ea ſane lege ait Labeo, *Si qua aqua nondum apparet, ejus iter ductus conſtitui non poteſt.* Et mox ſubjicit Paulus. *Imo puto, idcirco id falſum eſſe: quia cedi poteſt, ut aquam quæreres, & inventam ducere liceret.* Nec tamen quidquam improbat Paulus. nam eamdem eſſe utriuſque & Labeonis & Pauli ſententiam, quis felicius meliuſque ipſo oſtendat Paulo? atqui is in *l.* 10. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum* eodem prorſus ore loquentem facit Labeonem. Verba Pauli, ſi qins deſideret, hæc ſunt. *Labeo ait, talem ſervitutem conſtitui poſſe*, ut aquam quærere, & inventam ducere liceat: *nam ſi liceat, nondum ædificato [ædificio], ſervitutem conſtituere, quare non æque liceat, nondum inventa aqua eamdem couſtituere ſervitutem? & ſi, ut quærere liceat, cedere poſſumus, etiam ut inventa ducatur, cedi poteſt.* Expoſui meam de doli mali definitione ſententiam. nunc cætera exſequar.

Caput III.

Summos infimoſque Juris Interpretes in quæſtione de forma coërcendi doli mali in contrahendo admiſſi, jam huc decurrere: ut exiſtiment, ſtricti juris contractus in quibus detegitur dolus malus, ſine diſtinctione valere ipſo jure, ſed actione, vel exceptione, doli infirmari: in bonæ autem fidei contractibus intereſſe, utrum dolus malus det contractui cauſam, an in

contractum incidat: illic ipſo jure nullum eſſe contractum: hic non eſſe, ſed actione bonæ fidei, vel doli mali exceptione emendari. Eam doli mali diſtinctionem non videri veram. nec magis conſtare rationem formæ, ex ea traditæ negotiis bonæ fidei.

Sæpe quæſitum eſt ab egregiis Juris Interpretibus, qua ratione ſoleant Veteres dolum malum, in contrahendo bonæ fidei vel ſtricti juris negotio admiſſum, in Foro Romano expungere. Et quidem in ſtricti juris contractibus ſine diſcrimine placuit, eos valere ipſo jure; ſed actione, vel exceptione, doli mali infirmari. in his autem qui bonæ fidei appellantur, itum eſt in ſententiam exiſtimantium, duplicem venire dolum malum: alium qui contractui cauſam det, alium qui in contractum incidat: illum dici, cum quis ultro non contracturus, ad contrahendum dolo malo inducitur: hunc, cum alias contracturus, circa rem, aut circa æſtimationem, dolo malo circumſcribitur: illic ipſo jure nullum eſſe contractum, nec parere actionem, nec egere reſciſſione: hic valere, ſed actione bonæ fidei, vel exceptione doli mali emendari.

At ea ſententia, etſi jam omnium calculis recipiatur, meo probari ac retineri in republica literaria, ſalva Juris Civilis diligentia, non poteſt. Metuo tamen, ne promptæ videatur audaciæ, hominem unum, & mediocris ingenii, nec magnæ eruditionis, abrogare ſectam, tot illuſtrium virorum periculo & fide a pluribus ſeculis ſubnixam. Sed pudorem meum vincit magna ratio vindicandæ Juriſprudentiæ ab errore, non minus moleſto, quam deformi. Primum mihi perſuadeo, illam celebrem doli mali diſtinctionem, cum in rem præſentem venitur, nullo Veterum teſtimonio liquere. ubi enim aut nota ejus aut veſtigium in toto Juris Corpore? at nec cauſa occurrit; imo nec color vel probabilis, quo adjuvetur. etenim ſi in bonæ fidei contractibus ab initio, ut decet, quæritur bona fides qua illi maxime ſuſtineri dicuntur *l. 116. D. de regulis juris:* quidquamne eſt, cur dolus malus qui in talem contractum vel circa rem vel circa æſtimationem cadat, non æque, atque is qui contractui cauſam det, a bona fide removeatur? nihil vero tale exſtare, tam mihi certum eſt, quam ſimulationem, diſſimulationemque, cum mera ſimplicitate pugnare. hoc plus poſtulo, mihi oſtendi, cur magis in bonæ fidei, quam in ſtricti juris, contractibus dolus alius in contractum incidere, alius ei cauſam dare dicatur; aut cur ea diſtinctio, ſi utrique conveniat generi, non in utroque adhibeatur? cum præſertim Imperatores, Diocletianus & Maximianus, *l. 4. C. de obligationibus & actionibus*, cuidam Licinio ſine diſcrimine reſcribant, *Bonam fidem in contractibus conſiderari, æquum eſſe.* Quid, ſi præterea dicam, dolum qui in perficiendo contractu circa rem aut pretium conſiſtit, contractui cauſam dare? adhuc nihil dixero a ratione alienum. quotus enim quiſque dolo malo ad contrahendum, niſi alicujus ſpe utilitatis, quaſi qua eſca, inducitur? atque id Plautus obſervat, *Rudente*, *act. 4. ſc. 7. verſ.* 9. verbis ſequentibus.

--- In ætate hominum plurimæ
Fiunt tranſennæ, ubi decipiuntur dolis.
Atque ædepol in eas plerumque eſca imponitur.
Quam ſi quis avidus poſcat eſcam avariter,
Decipitur in tranſenna avaritia ſua.
Ille qui conſulte, docte atque aſtute cavet,
Diutine ei uti bene licet partum bene.

Baſilius quoque, *Regulis brevioribus*, *Interrogatione 77. tom. 2. edit. Pariſienſ. pag.* 554. Verba. *Dolus* eſt, *ea quæ ad inſidiandum adhibetur exquiſita ſolertia: quotieſcumque videlicet quis per ſimulationem alicujus boni, eo alicui perinde uti illecebra quadam objecto, quæ ad inſidias pertinent, exequitur.* Licebit igitur Juriſprudentiæ, integra ejus forma, deinceps carere illa decantata non in Academiis tantum, ſed in Foro quoque, fabula de diſtinctione doli mali qui det cauſam contractui bonæ fidei, & qui in eum incidat.

Nec minus temere atque inconſiderate jactatur, bonæ fidei contractum eſſe ipſo jure nullum, cum ei cauſam dat dolus malus: & valere, cum in eum incidit, ſed actione bonæ fidei, vel doli mali exceptione, emendari. Aut enim me decipit animus meus, aut in hoc quoque articulo aliquem audio verborum ſonum, ſenſu nullo. De exceptione agam primum. dic, obſecro, quid verius pronuntiem ac ſimplicius, quam bonæ fidei contractum, ob quem incidentem in ejus ingreſſu dolum malum, non valere ipſo jure: ſi volumus, eum doli mali exceptione infirmari? nimirum conſtat, exceptiones, quia inſunt bonæ fidei judiciis, bonæ fidei contractum ipſo jure evertere. Jam ubi idem dolus dicitur corrigi actione bonæ fidei: licet circumvento (ſic enim in inferioribus demonſtrabo) ea, ſi velit, a toto contractu Judicis officio diſcedere? hoc vero quid rei eſt: niſi is contractus vel ſic irritus atque inutilis ipſo jure habetur? nam alioquin (ut optime Symmachus, *lib. 2. Epiſt. 87.*) *Vox juris ac legum eſt, bonæ fidei contractum non poſſe reſcindi.* Rurſus e diverſo, cum nullus eſſe dicitur contractus cui cauſam dedit dolus malus: inepti ſimus; ſi putemus, nulla prodi Juris Civilis remedia quibus ille in bonæ fidei judicio inutilis atque imperfectus declaretur: ſive deceptus a deceptore conveniatur: ſive

ultro adverſus eum experiatur. ea porro remedia quæ ſunt, præter exceptionem doli mali quæ ineſt bonæ fidei judicio, aut actionem bonæ fidei qua de dolo actio continetur? hoc ſenſu Cicero, *lib.* 3. *De natura Deorum c.* 30. *Inde*, inquit, *tot judicia de fide mala, tutelæ, mandati, pro ſocio, fiduciæ, reliqua quæ ex empto, aut vendito, conducto, aut locato contra fidem fiunt*. Si ſimus inita ad Ciceronem ratione: ubi diſtinguit dolum malum qui incidat in contractum bonæ fidei, & qui ei præbeat cauſam? nuſquam. ait tamen, quæ contra fidem fiunt in bonæ fidei contractibus, verbi gratia, emptione aut venditione, judiciis de fide mala, id eſt, actionibus bonæ fidei, ut empti aut venditi, ſine diſcrimine expungi. Juriſconſulti quoque illi Veteres quorum hoc in Opere inveſtigamus & mentem & uſum, habent exempla in quibus dolus malus, etiam cum cauſam dat bonæ fidei contractui, bonæ fidei actione coërceatur. ſed nec deſunt apud eos documenta in quibus dolus malus bonæ fidei contractum ſine diſtinctione infirmet ipſo jure. Quod ſi eſt . . putemus, ſententiam illam pervulgatam Interpretum non regi Juris ratione certa & æquabili: ſed vago, lubrico, & præcipite labi itinere: nec quo veſtigium tuto moveat, valde diſcernere.

Caput IV.

Forma qua Veteres uſi ſunt in expungendo dolo malo, magis deberi ſubtilitati Fori Romani, quam ſimplicitati Juris Gentium. uſu hujus Fori in judiciis ſtricti juris vindicatum paſſim non fuiſſe dolum ante Edictum C. Aquilii Galli: poſt id Edictum in his coërcitum quidem fuiſſe, verum Prætorio Jure.

Igitur ut diſtinctius certiuſque intelligatur nobilis, ſed perplexa, quæſtio de forma caſtigandi doli mali, in contrahendo admiſſi: non præteribo ſilentio, quod ea quæſtio minime ſervit ſimplicitati Juris Gentium, ſed debetur ſubtilitati Fori Romani. Non utar multis: ſummam rem complectar. naturalis ratio qua una Jus Gentium cenſetur, non facit contractus alios bonæ fidei, alios ſtricti juris. contra putat, omnes bonæ fidei eſſe. idcirco in omnibus bonam deſiderat fidem: quam Ambroſius *lib.* 2. *De officiis c.* 10. non minus commode, quam proprie atque ex arte, *veritatem ſimplicitatemque* indigitat. Ad eumdemque modum etiam Petronius eam accipit, *Satyric. c.* 101. his verbis, *Se neque ſcire, quid acciderit, nec ullum dolum malum conſilio adhibuiſſe, ſed mente ſimpliciſſima, & vera fide, in navigium comites induxiſſe*. Atque ita eſt: Jus Gentium bonam fidem, id eſt, veritatem ſimplicitatemque, in omnibus contractibus ſine diſcrimine deſiderat: uſque adeo, ut contractum in quo non hanc reperiat, ſed dolum malum, (quem Veteres præſertim ſimulatione aut diſſimulatione alterius circumveniendi cauſa definiiſſe, ſupra dixi) nullius momenti eſſe exiſtimet. hoc vero aliter ſe habet in Foro Romano: in quo contractus quidam bonæ fidei, alii ſtricti juris dicebantur. & in his quidem qui bonæ fidei erant, qualiſcumque dolus malus non dicam humanitate damnabatur, ſed Judicis officio ipſo jure coërcebatur: quippe cum contrarius eſſet bonæ fidei; quam in his contractibus non modo ratio, ſed & Jus Civile ſemper exegit. at in ſtricti juris contractibus dolus malus, etſi ratione apud bonos viros improbaretur, tamen in Foro, præterquam adjecta de dolo ſtipulatione, aut minore circumſcripto, non magnopere vindicabatur ante Præturam C. Aquilii Galli: qui primus doli mali actionem exceptionemque in Edicto propoſuit.

Caput V.

De forma emendandi doli mali in contractibus ſtricti juris ex Edicto C. Aquilii Galli. Cicero expoſitus, & noſtrorum auctoritate firmatus.

Sed hæc quia procul dubio multis parum perſpicua, pluribus falſa atque abſurda videbuntur, diligentius conſtituenda erunt. initium ſumam, a contractibus ſtricti juris: ſponſoremque ejus quod de his dixi, dabo Ciceronem, locupletem, opinor, atque idoneum. is Cicero *lib.* 3. *De natura Deorum c.* 30. judicium de dolo malo familiari ſuo, C. Aquilio Gallo, palam acceptum refert verbis quæ adſcripſi. *Inde everriculum malitiarum omnium, judicium de dolo malo; quod C. Aquilius familiaris noſter protulit.* Nec tantum illo in loco Cicero ejus mentionem infert: ſed & *lib.* 3. *De officiis.* ibi cum narraſſet, Canium equitem Romanum a quodam argentario cui Pythio nomen erat, *emiſſe hortulos, nomina feciſſe, negotium confeciſſe*; (id eſt, hortulos emiſſe, emptionemque in contractum nominum transfudiſſe, recepto more quem Theophilus nobis refert, ad *tit. Inſt. De literarum obligationibus*) deinde ait, Canium vidiſſe, ſe a Pythio eſſe deceptum dolo malo; & mox ſubjicit, *Stomachari Canius: ſed quid faceret? nondum enim Aquilius collega & familiaris meus protulerat de dolo malo formulas.* Cicero ſignificat, contractum no-

nominum, in quem ea Canii Pythiique emptio & venditio novatione tranſierat, etſi eſſet plenus doli mali, tamen quia ſtricti juris erat, eo tempore Civili Jure valuiſſe. ſcilicet, quia eo dolus, quamquam apud bonos & graves viros turpis ac fœdus putaretur, tamen (niſi de dolo ſtipulatio interveniſſet: quo caſu locus eſt ex ſtipulatu actioni *l.* 1. §. 4. *D. de dolo malo*) in judicio ſtricti juris ideo negligebatur: quod quidquid adſtringendæ obligationis eſt, id niſi palam verbis exprimatur, perinde quaſi omiſſum ſit, ad officium Judicis non pertinet §. *ult. Inſt. de obligationibus ex conſenſu. l.* 92. *D. de verborum obligationibus.* Hoc Civili Jure. quid Prætorio? nec eo tum poterat ſtricti juris contractus, ob quem dolum, a Prætore reſcindi per in integrum reſtitutionem: nondum prodita a Gallo Aquilio actione & exceptione doli mali: quas Cicero *doli mali* formulas appellat. Sic ante Aquilii Edictum. at eo propoſito, deinde contra fuiſſe, Cicero indigitat. Nec tamen inficior, quod & poſtea, ſi quis dolus malus interveniſſe in ſtricti juris contractu diceretur, obtinuit: ut Civili Jure valeret contractus, & obligationem actionemque produceret. non enim Civili Juri erat curæ bona fides in judicio ſtricti juris: (niſi, ut dixi, interpoſita ſtipulatione, Dolum malum abeſſe, abfuturumque eſſe) nec poterat Aquilius ſuo Edicto Populi jus abrogare, neque nullam dicere obligationem quæ moribus rata habebatur. adhuc igitur poterat ex ea obligatione actio peti ſubtili jure. quamquam Prætor, motus æquitate Edicti Aquiliani, ita jus dicebat: ut cum actori Civili Jure daret actionem; reo contra accuſanti ejus dolum malum, doli exceptionem permitteret *l.* 36. *D. de verborum obligationibus. l.* 5. *C. de inutilibus ſtipulationibus.* qua impetrata, deinde ſi ad litis eventum reſpiceretur: nil intererat, utrum actor nullam haberet actionem ipſo jure, an haberet eam quæ per exceptionem elideretur *l.* 112. *D. de regulis juris. l.* 3. §. 1. *D. de pecunia conſtituta.* manebat tamen, quoad agendi modum, differentia, atque inſignis, utrum nulla ipſo jure eſſet actio, an eſſet quæ Prætoria exceptione tolleretur. nam ſi nulla eſſet Civili Jure actio; vel fuiſſet, ſed deſiiſſet eſſe: ſufficiebat, reum in jure apud Prætorem, ubi ab actore, conveniebatur, inficiari debitum. tum enim niſi in judicio Judici ab actore probaretur, eſſe ſibi actionem Civili Jure adverſus reum: vel ſi a reo demonſtraretur, eſſe eam deſiiſſe ipſo jure: a Judice abſolvebatur reus; permittente formula: quod non pareret, reum actori ſecundum regulas Juris debere. Sic, ſi nulla eſſet Civili Jure obligatio *l.* 9. *C. de exceptionibus.* at ſi valeret; ſed demum per exceptionem Jure Prætorio infirmaretur: oportebat reum aliter ſe defendere. nam ubi actor is qui erat dolo malo ſtipulatus, in jure poſtulabat a Prætore, ſibi dari actionem & Judicem, eique puram præſcribi formulam, ſcilicet, Si paret, reum dare facere oportere ex ſtipulatu, condemna: ſtatim debebat reus ei objicere exceptionem doli mali; non quidem in rem, ſed ut ſpecialiter de actoris dolo quereretur: ſimul debebat a Prætore petere, eam exceptionem inſeri formulæ: hoc ferme modo, Si in ea re nihil actoris dolo malo factum eſſet *l.* 2. §. 1. *D. de dolo mali exceptione.* quod ſi feciſſet Prætor: erat reo jus, eam exceptionem deinde in judicio apud Judicem probare ſuo ordine: Judex autem probatam admittere poterat *l.* 8. & 9. *C. de exceptionibus.* ſin in jure omiſſa eſſet apud Prætorem; deinde reus eam apud Judicem in judicio, quamvis ante ſententiam, ſero, ideoque fruſtra, & objiciebat & probabat: non aliam ob cauſam, quam quia formula quam Prætor Judici commendaverat, ejus notioni finem poſuerat: æquitas certe exceptionis quæ extra formulam erat, ei commiſſa a Prætore non erat. ita reus, quia liquebat, eum teneri Civili Jure, quamquam inique, tamen a Judice (qui juſſus erat, judicare, an reum Jure Civili dare facere ex ſtipulatu oporteret; non, an æquum bonum eſſet, eum ex ſtipulatu dare facere, demonſtrato actoris dolo malo) ſine ulla religione condemnabatur.

Atque hoc jus erat; ſi reus, re integra, a ſtipulatore conveniretur. Quid, ſi res deſiiſſet eſſe integra? finge, eam non promiſſam modo eſſe, ſed traditam quoque. erat læſus qui rem tradiderat: ſed quis erat exceptioni locus, non agente ſtipulatore? igitur hic ſuccurrebat Prætor læſo actione de dolo malo: quam C. Aquilius ei, ſi alia actio non eſſet, id eſt, (ut Ulpianus interpretatur) ſi res ei ad quem pertinet, alio modo ſalva eſſe non poſſet, intra annum utilem, (quem Imp. Conſtantinus in *l. ult. C. de dolo malo* convertit in biennium continuum) cauſa cognita promiſit *l.* 1. §. 1. *cum ſeqq. item l.* 7. *D. de dolo malo.* Ad quid? ut quod factum eſſet dolo, Judicis arbitrio reſtitueretur: ac niſi fieret reſtitutio, ſequeretur condemnatio, quanti ea res ab actore jurejurando in litem æſtimata eſſet *l.* 18. *D. eod. tit.* Nec tamen hoc ſemper obſervat Prætor. quid enim, ſi manifeſtum eſſet, rem non poſſe reſtitui: vel quia periit, ut ſi ſervus defunctus ſit: vel quod lis tempore ſit extincta, vel ſi ſervus libertatem manumiſſione aut ſententia acceperit? non jam poteſt res reſtitui: nec opus Judicis arbitrio quo jubeatur res reſtitui; ſed protinus debet reus condemnari in id quod interſit actoris *l.* 18. §. 1. & 4. *item l.* 24. *D. eod. tit.* Sic fere in eo qui egit dolo malo, edixit Prætor. at in heredem eatenus daturum ſe actionem pollicetur, quatenus ad eum pervenerit, dolove malo ejus factum eſt, quo minus perveniret *l.* 26. & *l.* 27. *D. d. t.* neque vi-

de-

detur Prætor hic addidiſſe, cauſa cognita. ita obſervat Ulpianus, neque cauſæ cognitionem in heredis perſona eſſe neceſſariam *l.* 30. *D. d. t.* Paulus quoque *l.* 29. *D. d. t.* refert, Sabinum putare, heredem calculi ratione potius, quam maleficii, conveniri; ideoque in perpetuum teneri oportere: nempe, ne ex alieno damno lucretur. cui conveniens eſſe, Gajus cenſet *l.* 28. *D. eod. tit.* ut & in ipſo qui dolo malo commiſerit, in id quod locupletior eſſet, perpetuo danda eſſet in factum actio. Sed apparet, quod bona fides in ſtricti juris contractibus demum cœpit ex Aquilii Edicto deſiderari: cum ante nulla eſſet neceſſaria Civili Jure: niſi facta de dolo ſtipulatione. etiam apparet, quod ſtricti Juris contractus in quo liqueret dolus malus, ante Aquilii Edictum utroque valeret jure, & Civili, & Prætorio: poſt Aquilii autem Edictum Civili quidem Jure valebat, ſed Prætorio reſcindebatur vel exceptione vel actione doli mali. nec tamen alias, quam ſi actor aut reus deſignaſſet, quid & cujus dolo malo factum eſſet *l.* 15. & *l.* 16. *D. de dolo malo. l.* 2. §. 1. *D. de exceptione doli mali:* & de dolo actionem aut exceptionem, cauſa cognita, a Prætore impetraſſet. Illud quoque obſervandum, quod non ſicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore circumſcribitur. nam hæc perpetuo competit: cum actor quidem in ſua poteſtate habeat, quando ſuo utatur jure: is autem cum quo agitur, non habeat poteſtatem, quando conveniatur *l.* 5. §. 6. *D. eod. tit.* Non magis diſſimulandum, quod ſi quis ſine cauſa ab aliquo fuerit ſtipulatus, deinde ex ea ſtipulatione experiatur: exceptio utique doli mali ei nocebit. licet enim eo tempore quo ſtipulabatur, nihil dolo malo admiſerit: tamen dicendum eſt, eum, cum litem conteſtatur, dolo facere, qui perſeveret ex ea ſtipulatione petere *d. l.* 2. §. 3. *D. eod. tit. l.* 36. *D. de verborum obligationibus.*

Caput VI.

Varro declaratus notabili & difficili loco.

Hac occaſione fas mihi ſit, aliquam, ſi poſſim, lucem affundere pulchro, ſed obſcuro loco Marci Terentii Varronis *lib.* 5. *De lingua Latina*, cujus appoſui verba: ſunt autem hæc. *Qui ſpoponderat filiam, deſpondiſſe dicebatur: quod de ſponte ejus, id eſt, voluntate exierat. Non enim ſi volebat, dabat, quod ſponſu erat alligatus. Nam in comœdiis vides dici, ſponden' tuam gnatam filio uxorem meo? quod tum & prætorium jus ad legem, & cenſorium judicium ad æquum æſtimabatur.* Et paulo poſt. *Itaque qui ad id quod rogatur, non dicit; non reſpondet: ut non reſpondet ille ſtatim, qui dixit, ſpondeo, ſi jocandi cauſa dixit, neque agi poteſt cum eo ex ſponſu. Ita quiſquis dicit in tragœdia, Meminiſtin' te deſpondere mibi gnatam tuam? quod ſine ſponte ſua dixit, cum eo agi non poteſt ex ſponſu.* Ut intelligatur difficilis locus; obſervandum eſt, quod ut ex ſponſu quis Civili Jure obligaretur, ſufficiebat, cum ad interrogata reſpondiſſe: nec intererat, utrum ſerio reſpondiſſet, an per jocum. erat enim ſtipulatori utraque in ſpecie jus, a Prætore petere ex ſtipulatu actionem: nec in more erat Prætori, eam denegare; aut ei addere exceptionem: non propoſito adhuc Edicto de formulis doli mali, ita fiebat, ut ex ſponſu conventus promiſſor apud Judicem a Prætore datum, quamvis per jocum reſpondiſſet interroganti, tamen ſine ulla Judicis religione condemnaretur. Atqui hoc humanitas atque officium non patiebatur. quis negat? ſed de officiis non apud Prætorem, nec apud Judicem ab eo datum quærebatur, maxime in judiciis ſtricti juris: ſed apud Cenſorem. erat enim alteri commendata juris legumque executio: alteri non ea commiſſa erat: ſed morum cenſura & caſtigatio: ut ille clamat apud A. Gellium, *lib.* 14. *Noct. Attic. c.* 2. ac vere & commode Perſius, *ſat.* 5.

Non Prætoris erat, ſtultis dare tenuia rerum
Officia, atque uſum rapidæ permittere vitæ.

Quid multa? clare Plautus, *Pſeudolo*, *act.* 4. *ſc.* 7.

Auferetur id præmium a me quod promiſi per jocum

Nec Plautus tantum, ſed Varro quoque ſequentibus verbis. *Qui ſpoponderat filiam, deſpondiſſe dicebatur, quod de ſponte ejus, id eſt, voluntate exierat. non enim ſi volebat, dabat, quod ſponſu erat alligatus.* Senſus, Si nolebat, dabat tamen: id eſt, tenebatur tamen actione ex ſtipulatu dare: idcirco quod Civili Jure ſufficeret, promiſſionem de promittentis ſponte eſſe profectam: denique, quod apud Prætorem de jure; non, ut apud Cenſorem, de æquo ageretur. Nolo, hic meam ſequaris fidem. interceſſore utar Varrone: is ſic pergit. *Nam in comœdiis vides dici, Sponden' tuam gnatam filio uxorem meo? quod tum prætorium jus ad legem, & cenſorium judicium ad æquum æſtimabatur.* Quid Varro? vult, Prætores olim legibus, Cenſores æquitati ſerviiſſe: igitur Prætores tum, ſi quis per jocum reſpondiſſet interroganti, jus ex legibus dixiſſe; etſi æquitas reſiſteret: tantum quia ſponſor ſponte locutus diceretur; idque legibus ſufficeret. addit Varro joci exemplum: ut ſi quis in comœdia ſpondeat. Ita olim fuit. at deinde & Prætor cœpit de ſponſu ſic jus dicere: ut, ſi jocandi cauſa dictum eſſet, ſpondeo, daret quidem

dem actionem Civili Jure: verum adderet exceptionem; eaque oppoſita, obligatio per jocum contracta, etſi Civili Jure valeret, tamen Prætorio Jure pro nulla haberetur. Atque hoc præſertim invaluit poſt introductas ab Aquilio de dolo malo formulas: ſcilicet, ne cui dolus ſuus per occaſionem Juris Civilis prodeſſet contra naturalem æquitatem *l.* 1. §. 1. *D. de exceptione doli mali.* Obtinuit vero ea exceptio, non modo ſi quis cum aliter eum conveniſſet obligari, aliter per machinationem obligatus eſſet; ſed & ſi nullus ſtipulantis dolus intereeſſiſſet; verum ipſa res in ſe dolum haberet: ut ſi ſine cauſa ſtipulatus ſit, & deinde ex ea ſtipulatione experiatur. nam etſi ab initio nihil dolo malo admiſerit; cum tamen litem conteſtatur, dolo facit qui perſeverat, ex ea ſtipulatione petere *l.* 2. §. 3. *D. eod. tit.* & *l.* 46. *D. de verborum obligationibus.* Et hoc Varro vult; cum ſubjicit, *Itaque qui ad id quod rogatur, non dicit, non reſpondet, ut non reſpondet ille ſtatim qui dixit, ſpondeo, ſi jocandi cauſa dixit, neque agi poteſt cum eo ex ſponſu. itaque quiſquis dicit in tragœdia. Meminiſtine te deſpondere mihi gnatam tuam? quod ſine ſponte ſua dixit, cum eo agi non poteſt ex ſponſu.* Quod Varro in fine dicit, *cum eo agi non poſſe ex ſponſu*; de effectu accipiendum eſt: quia oppoſita doli mali exceptione fit, ut nihil interſit, utrum quis ab initio non habeat actionem; an habeat, ſed ea per exceptionem infirmetur *l.* 112. *D. de regulis juris.* atque eo quoque ſenſu accipi debet Paulus *l.* 3. §. *ult. D. de obligationibus & actionibus.* Satis dixi de forma caſtigandi doli mali in contractibus ſtricti juris.

CAPUT VII.

Bonæ fidei contractus, ob qualemcumque dolum malum, in contrahendo admiſſum ab aliquo contrahentium, inter eos fuiſſe ipſo jure imperfectos atque inutiles: neque indiguiſſe ulla Galli Aquilii, aut alius Prætoris providentia. Cicero iterum vocatur ad partes. avulſam a l. 5. C. de reſcindenda venditione eſſe l. 5. C. de in integrum reſtitutione minorum. hæc lex obiter emendata. illa utriuſque conjunctione explicita. l. 3. C. Communia utriuſque judicii collata cum Corpore Gregoriano. uterque locus expoſitus. in hoc & lacuna adducta. alia.

Tranſeo ad bonæ fidei contractus: in quibus longe aliud jus eſt, præſertim inter contrahentes. qualiſcumque enim dolus malus ab eorum altero in contrahendo admiſſus ſit, is non de dolo actione aut exceptione ex Aquilii Edicto, (quid enim opus?) ſed officio Judicis ipſo Civili Jure corrigitur. ejus rei erit aliquanto certior ratio: cogitantibus, bonæ fidei contractum non alias perfici Civili Jure conſueviſſe, quam ſi bene, ut inter bonos, ageretur. nec intererat, utrum in contrahendo dictum promiſſumve eſſet, Ex fide bona; aut, Ut inter bonos bene agier; aut, Dolum malum abeſſe, abfuturumque eſſe; an non eſſet *l.* 68. §. 1. *D. de contrahenda emptione.* id enim quia ſolebat conveniri, etſi omiſſum eſſet, pro adjecto habebatur *l.* 31. §. 20. *D. de Ædilitio Edicto:* propterea quod in bonæ fidei judicio, in quo magis de bona fide agitur, quam de apicibus juris *l.* 29. §. 4. *D. Mandati*, tantumdem valet Judicis officium, quantum in ſtipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio *l.* 7. *D. de negotiis geſtis.* §. *ult. Inſt. de obligationibus ex conſenſu.* Inde tradit Ulpianus *l.* 152. §. *ult. D. de regulis juris*, Bonæ fidei contractibus doli præſtationem vel bonam fidem, ineſſe: item, Bonam fidem ſuſtinere contractum bonæ fidei *l.* 116. *D. de regulis juris.* Cicero quoque illo ex fonte, ſi in contrahendo bonæ fidei contractu quid fiat dolo malo, quia fit adverſus bonam fidem, imperfectum haberi contractum, judicioque bonæ fidei expungi dolum malum, non minus commode, quam diſerte, nos docet *De officiis lib.* 3. *Iſte*, inquiens, *dolus malus etiam legibus erat vindicatus: ut tutela XII Tabulis, & circumſcriptio adoleſcentium lege Lætoria: & ſine lege judiciis, in quibus* Ex fide bona *additur. reliquorum autem judiciorum hæc verba maxime excellunt; in arbitrio rei uxoriæ*, Melius æquius: *in fiducia*, Ut inter bonos bene agier. *Quid ergo? aut in eo* quod melius æquius, *poteſt ulla pars ineſſe fraudis? aut, cum dicitur*, Inter bonos bene agier, *quidquam agi doloſe aut malitioſe poteſt?* Cicero quod dixi indicat, Civili Jure intelligi, in bonæ fidei negotiis agi ſemper: ut a contrahentibus invicem bona præſtetur fides. quod ſi quid malitioſe aut doloſe fiat, ipſo Jure vindicari: non quod de hoc rogata & juſſa lex ſit; ſicut de pupillorum & minorum circumſcriptione cautum eſt lege Duodecim Tabularum & lege Lætoria: ſed quia ex Fori diſputatione (ex qua venit Jus Civile *l.* 2. §. 5. *D. de origine juris*) placuit Jure non ſcripto, dolum malum in bonæ fidei judiciis in quibus jubetur Judex judicare ex fide bona, vel quod æquius melius, (nam eorum formulæ talis aut ſimilis inſerebatur clauſula) ſine Prætoris opera ac beneficio, mero Judicis officio coërceri: eo quod eſt contrarius bonæ fidei. Ita congruit Ciceronis ſententiæ, bonæ fidei contractum, verbi gratia, emptionem & venditionem, con-

tra-

trahentium conſenſu, non quali quali, ſed integro ac puro a fraude & dolo, Civili Jure perfici: uſque adeo, ut in bonæ fidei judicio nullo Judicis officio negligi, reſcindi, atque infirmari poſſit in quod bona fide conſenſum ſit: volente ratione Juris Civilis, a Judice ex bona fide ſervari quod fide bona Jure Civili perfectum eſt. cæterum ſi in contrahendo interveniſſe arguatur dolus malus: tum utcumque inter contrahentes conſenſum eſſe dicatur, tamen quia non eſt ab initio ita, ut oportebat Jure Civili, actum fide bona, obtinuiſſe in bonæ fidei judicio: ut perinde, ac ſi conſenſum non ſit, imperfectus atque inutilis intelligatur contractus, & officio Judicis, ex fide bona cognoſcentis, ipſo Civili Jure reſolvatur.

Quamquam quid Ciceronem cito ad teſtimonium? cum æque liceat mihi uti fide Impp. Diocletiani & Maximiani: qui eadem plane forma ad Libellum cujuſdam Rufi in hæc reſcripſerunt verba *l. 5. C. de reſcindenda venditione.*

Si dolo adverſarii deceptum venditionem prædii te feciſſe Præſes provinciæ animadvertit: ſciens contrarium eſſe dolum bonæ fidei, (quæ in hujuſmodi maxime contractibus exigitur) reſcindi venditionem jubebit. Quod ſi jure perfecta venditio eſt a majore viginti quinque annis, intelligere debes, conſenſu mutuo perfectam venditionem reſolvi non poſſe.

Hæc ſunt legis verba: non tamen integra, mea ſententia. extat certe pars in *l. 5. C. de in integrum reſtitutione minorum.* indicio mihi utriuſque cum Inſcriptio, tum tenor. eſt enim utraque lex *Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, ad Rufum*: & perſeverat in poſteriore ſermo qui in priore cœpit. Sed malo, hoc ipſius legis, quam meis, verbis intelligi. verba legis.

Minoribus in integrum reſtitutio in quibus ſe captos probare poſſunt, etſi dolus adverſarii non probetur, competit. Ante impletum etiam quintum & viceſimum annum de his in quibus ſe captos exiſtimant minores, poſſe in integrum reſtitutionem implorare, certiſſimi juris eſt.

Sic hactenus editur: nec dubito, an male. nam idem bis dicitur: quod Imperatoribus minime fuit propoſitum. conſtabit ſenſus; ſi pro *etiam* legatur *enim* vel *etenim*.*ſic adfertur priorum cauſa; quod res poſtulat. etiam fit aliquando; ut circa voces *enim* & *etiam* varient manuſcripti libri. ne exemplo res careat, adducam §. *ult. Inſt. de ſuſpectis tutoribus*: in quo vulgo editur, *Suſpectum* etiam *eum putamus*. D. Vinnius obſervat, alias legi, *Suſpectum* enim *eum putamus*. atque ita quoque habet liber meus manuſcriptus. totum igitur Reſcriptum, niſi quis doctior diſſentiat, conjuncta utraque lege, ſic reſtituam.

Si dolo adverſarii deceptum venditionem prædii te feciſſe Præſes provinciæ animadvertit: ſciens contrarium eſſe dolum bonæ fidei, quæ in hujuſmodi maxime contractibus exigitur, reſcindi venditionem jubebit. Quod ſi jure perfecta venditio eſt a majore viginti quinque annis, intelligere debes, conſenſu mutuo perfectam venditionem reſolvi non poſſe. Minoribus in integrum reſtitutio in quibus ſe captos probare poſſunt, etſi dolus adverſarii non probetur, competit. Ante impletum enim quintum & viceſimum annum de his in quibus ſe captos exiſtimant minores, poſſe in integrum reſtitutionem implorare, certiſſimi juris eſt.

Species hæc eſt. Rufus quidam ad quem reſcriptum eſt, alicui vendidit prædium. Is Rufus ſenſit, eſſe ſe illa læſum venditione. igitur ex more illius temporis de quo egi alibi, adiit Imperatores per Libellum: petens reſcindi, id eſt, ut ego interpretor, improbari, ſive negligi, ſive pro nulla declarari venditionem qua ſe damnum pati opinabatur, perinde ac ſi facta non eſſet. Ad eum Libellum reſcripſerunt Imperatores hoc ſenſu. Aut tu, Rufe, major es quinque & viginti annis, aut minor. quod ſi major ſis: tum ſi probaveris provinciæ Præſidi, te adverſarii dolo malo (qualiſcumque is ſit: non enim diſtinguitur) deceptum prædia vendidiſſe: jubebit Præſes, venditionem reſcindi: id eſt, ut dixi, negligi aut pro inutili haberi, & quidem Civili Jure. quia enim ſcit, contrarium eſſe dolum bonæ fidei quæ in hujuſmodi, id eſt, in bonæ fidei contractibus, Jure Civili maxime neceſſaria eſt: habebit venditionem in qua demonſtratur dolus malus, pro imperfecta, id eſt, Civili Jure invalida, ſive nulla: teque, etſi major ſis, quam quinque & viginti annis, Judicis officio ordinario illo jure adjuvabit *l. 2. C. de actionibus empti & venditi. l. 2. C. Quibus ex cauſis majores.* Sic, Rufe, ſi quis arguatur dolus malus. Quod ſi nullus intervenit: intelligere debes, venditionem mutuo conſenſu perfectam, ita uti Jure Civili oportet, eo Jure tenere; neque facile officio Judicis reſolvi, id eſt, ut dixi, negligi, ſive improbari, ſive nullam atque inutilem exiſtimari; etſi imprudentia tua aliqualiter læſus ſis. primum, quia hoc patitur natura ejus contractus *l. 8. C. de reſcindenda venditione.* deinde rationis eſt, venditionem Jure Civili perfectam, Civili Jure ſervari. Sic Rufe; ſi ſis major quinque & viginti annis. at ſi te minorem probes, atque ætate lapſum eſſe: aliud dicendum eſt. nam minoribus, etiam cum nullus intervenit dolus malus, & emptio perfecta eſt Civili Jure, tamen ſi ſe captos eſſe probare poſſint, ejus reſciſſio non quidem Civili Jure officio Judicis, ſed per in integrum reſtitutionem extraordinaria cognitione favore ætatis Jure Prætorio compe-

tit *l.* 1. §. 1. & *l.* 24. §. *ult. D. de minoribus.* Quod ſi eſt, ut eſt veriſſimum: liquet, Diocletianum & Maximianum velle, bonæ fidei contractum in quo accuſatur dolus malus in contrahendo admiſſus, ſine diſcrimine eſſe imperfectum Civili Jure: ideoque ipſo illo Jure reſcindi; vel quod idem eſt, in judicio bonæ fidei ipſo jure nullum eſſe. quomodo Ulpianus *l.* 9. *D. de contrahenda emptione, Sive*, inquit, *in ipſa emptione diſſentient, ſive in quo alio*, emptio imperfecta *eſt. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putaſti, quia in corpore diſſenſimus*, emptio nulla *eſt.*

Superiori Reſcripto ſimilis eſt ſenſus *l.* 3. *C. Communia utriuſque judicii.* quod enim illic, idem hic agunt Impp. Diocletianus & Maximianus; nec mihi tempero, ne id demonſtrem: quia æque facit propoſito noſtro, ſi prudenter regatur. Verba *d. l.* 3.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Aureliæ Septimiæ. * *Majoribus etiam per fraudem vel dolum vel perperam ſine judicio factis diviſionibus, ſolet ſubveniri: quia in bonæ fidei judiciis, quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur. PP.* XVI. *cal. Jul. ipſis AA.* † [& *Conſtantio* III.] *Coſſ.* 293.

Obſcurior eſt Reſcripti ſenſus: ſed ne quas turbas det, duplex adhibenda cautio eſt: una, ne putetur integrum: altera, ne alio referatur, quam ad diviſionem per fraudem vel dolum factam; licet faciat mentionem diviſionum quæ ſint factæ per fraudem, vel dolum, vel perperam. utrumque hujus obſervationis caput juvabo ipſius exemplo Reſcripti: quod ex Codice Gregoriano Conſultatio Veteris Juriſconſulti, quam nobis ſervavit diligentia Viri Clariſſimi, Jacobi Cujacii, *Conſult.* 1. ad ſequentem exhibet modum.

Ex Corpore Gregor. lib. 3. *Imperatores, Diocletianus & Maximianus AA. Aureliæ Severæ. An diviſio quam factam eſſe proponis, convelli debeat, rector provinciæ præſente parte diverſa diligenter examinabit, & ſi fraudibus eam non caruiſſe perſpexerit, quando etiam majoribus perperam factis diviſionibus ſoleat ſubveniri, quod improbum atque inæquabiliter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabit. PP.* XVII. *Kal. Jul. Ipſis* VI. & *Conſtantio* III. *Coſſ.*

Non peccabo; ſi opiner, in verſu, *Quando*, deeſſe verba, *in bonæ fidei judiciis*, cum extent in *d. l.* 3. atque ex ea reſtituenda eſſe illo in verſu: quaſi ſit, *quando in bonæ fidei judiciis etiam majoribus:* & reliqua. Ita fuerit Reſcripti ſenſus: Si quis dolus malus in diviſione ſine judicio facta: id eſt, ſine judice. ſic enim accipitur *judicium:* ut in hoc Senecæ, *Hercule furente, verſ.* 732. *Non unus alta ſede quæſitor ſedens*, judicia *trepidis ſortitur reis.* Si quis, inquam, dolus malus in diviſione ſine judicio ſive ſine judice facta, admiſſus eſſe probabitur: convellet eam Præſes Jure Civili judicio familiæ erciſcundæ, aut communi dividundo: & quod improbe atque inæqualiter factum eſt, ea via ſine diſcrimine in melius reformabit, etiamſi ſis major annis viginti quinque. nempe, quia convenit clauſulæ, Ex fide bona, (ſecundum quam judicari oportet in bonæ fidei judiciis, qualia ſunt familiæ erciſcundæ, & communi dividundo) ut diviſione per fraudem facta perperam, æque majoribus, ac minoribus, ſubveniatur adverſus id quod improbe atque inæqualiter factum ſit: bona fide fraudulentam diviſionem, ut dixi, negligente, ſive pro nulla habente ipſo jure. Sic, ſi diviſio (quod de facto contigerat) ſine Judice facta ſit dolo malo. idem vero eſſe, & ſi arbitro dato diviſio celebrata ſit, iidem Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 8. *C. de collationibus* reſcripſerunt. Verba. *Si ſoror tua in paternorum bonorum diviſione te fefellit; nec dotem quam acceperat a patre veſtro inteſtato diem functo, contulit: Præſes provinciæ, examinatis partium allegationibus, cum bonis dotem confundi jubebit, & quod deducta ratione plus ad eam* [*eſſe*] *animadverterit, tibi reſtitui jubebit. Idem eſt, & ſi arbitro dato diviſio celebrata eſt.* Hæc Imperatorum ſententia clara & evidens.

Atque huic etiam ſe adſcribit Paulus *l.* 3. §. 3. *D. Pro ſocio*, verbis ſequentibus.

Societas ſi dolo malo aut fraudandi cauſa coita ſit, ipſo jure nullius momenti eſt: quia fides bona contraria eſt fraudi & dolo.

Aut nihil intelligo, aut manifeſtus eſt Pauli ſenſus, Societatem, ſi coita ſit qualicumque dolo malo, ſine diſcrimine nullam eſſe ipſo jure: quia dolus malus, qualiſcumque ſit, eſt contrarius bonæ fidei, qua is contractus Civili Jure fulcitur. Eſſe ſcio, qui Paulum accipiant de ſocietate, dolo malo coita fraudandi tertii gratia: quia loquitur de ſocietate, coita *dolo malo aut fraudandi cauſa.* Sed ludibrium eſt, non vera ſpecies. Paulus jungit illa, *Dolo malo aut fraudandi cauſa:* quomodo, *Fides*, inquit, *bona contraria eſt fraudi & dolo.* Nec aliter utitur his verbis Vetus Formula, ſequentibus comprehenſa Siglis, D. M. F. C. quæ Sigla Valerius Probus, *Notis Veterum*, exponit, *Doli mali fraudiſve cauſa.* Simili ratione Prætor *l.* 1. *D. de his qui notantur infamia* ait, infamia notari qui *de dolo malo & fraude* ſuo nomine damnatus pactuſve erit. Utique Ulpianus *l.* 4. §. *ult. D. eod. tit.* recitans hanc Edicti partem, omiſſa *fraude*, ſaltem *doli mali* meminit: eo quod utroque verbo idem ſignificari, arbitraretur. Sed hoc claret ex illo Auguſtini, *Expoſit. in Euangel. Joann. tractat.* 7. *cap.* 1. *tom.* 9. *pag.* 29. *col.* 1. *in fin. Dolus fraus eſt, ſimulatio eſt.* Æque aut ple-

* In quibuſdam libris eſt, *Seve.* in Codice Gregoriano legitur, *Severa.*

† Apud Haloandrum, Ruſſardum & Charondam deſunt uncis incluſa verba, *&* *Conſtantio* III.

plenius ex hoc Ulpiani *l. 7. §. 10. D. de pactis. Si fraudandi cauſa pactum factum dicatur, nihil Prætor adjicit. Sed eleganter Labeo ait, hoc aut iniquum eſſe, aut ſupervacuum: iniquum, ſi quod ſemel remiſit creditor debitori ſuo bona fide, iterum hoc conetur deſtruere: ſupervacuum, ſi deceptus hoc fecerit: ineſt enim dolo & fraus.* Igitur unde cœpit interpretatio, ibi deſinet. dixi, Pauli ſenſum eſſe, Societatem coitam dolo malo, ſive fraudis cauſa, ſive fraudis conſilio, ut eſt in *l. 1. C. de Ædilitiis actionibus*, ipſo jure eſſe nullius momenti. tantum addam, quod Paulus non diſtinguit doli fraudiſve genera. ſimpliciter ait, Societatem quæ coita ſit dolo malo aut fraudis cauſa, ipſo jure eſſe nullius momenti. tum addit rationem æque ſimplicem. ea ratio eſt, quod fides bona eſt contraria fraudi & dolo. igitur quantum ad hunc Pauli locum pertinet: non eſt diſcrimen doli qui incidat in bonæ fidei contractum, & qui ei præbeat cauſam. nec magis diſtinguit dolum qui repugnet bonæ fidei. & tamen generaliter definit, Societatem, ſi coita ſit dolo malo, ipſo jure nullam eſſe: eo quod omnis dolus eſt contrarius bonæ fidei qua is contractus ſuſtinetur.

Non minus clare Ulpianus *l. 16. §. 1. D. de minoribus.*

Item relatum eſt apud Labeonem, ſi minor circumſcriptus ſocietatem coierit, vel [etiam] donationis cauſa, nullam eſſe ſocietatem nec inter majores quidem: & ideo ceſſare partes Prætoris. Idem & Ofilius reſpondit: ſatis enim ipſo jure munitus eſt.

Proponitur minor in contrahenda ſocietate eſſe circumſcriptus dolo malo: nec additur, utrum is dolus dederit contractui cauſam, an inciderit in contractum. tantum dicitur, *Si minor circumſcriptus ſocietatem coïerit.* nec oportet nos, ubi quæritur ejus facti jus, facere diſtinctionem: quæ neque in facto proponitur, neque vera eſt, alibi certe apud Veteres non extat. Eſt igitur (ut Ulpianus ait) relatum apud Labeonem, quod minor in coëunda ſocietate fuit circumſcriptus dolo malo. ſimul quæſitum eſt, an ei concedenda ſit in integrum reſtitutio? ait Ulpianus; atque indiſtincte; negaſſe Labeonem. qua cauſa? quia ſocietas cui inhæret qualiſcumque dolus malus, nulla eſt, id eſt, nullius momenti eſt, non modo cum minore, ſed etiam cum majore, contracta. eſt igitur minor, cum a ſocio in contrahenda ſocietate læſus eſt dolo malo, ipſo jure, id eſt, Civili Jure, tutus ſine diſcrimine: qui vero communi auxilio ac mero jure munitus eſt, ei nil opus in integrum reſtitutione: id eſt, extraordinario Prætoris auxilio *d. l. 16. pr.* Idem eſſe ait Ulpianus, ſi ſocietas cum minore ſit contracta donationis cauſa *d. l. 16. §. 1.* non enim ſic recte contrahitur *l. 5. §. 1. D. Pro ſocio.* nam ſi agitur in perficienda ſocietate, ut alter ſocius neque pecuniam conferat neque operam, alter & pecuniam & operam conferat, & nihilominus commune ſit utriuſque lucrum: contrahitur ſocietas contra formam & naturam ſocietatis: quæ (ut Livius ait *lib. 8. c. 4.*) eſt æquatio juris. Papinianus *l. 63. D. eod. tit.* dicit, eam in ſe quodammodo habere jus fraternitatis: id eſt, ut ego interpretor, æſtimari quadam juris & animorum æqualitate. eo ſenſu Quintilianus, *Declam. 320. Sacra*, inquit, *res eſt unitas & quædam fraternitas animorum. conſortes enim poteſt facere caſus. cæterum quidem, cum duo homines omnes fortunas ſuas contulerunt, omnes caſus miſcuerunt, unum quoddam factum eſt. quid eſt juſtius, quam compoſitum patrimonium habere conditionem unius ſocietatis? hoc enim eſt unitas. vides ergo & damna & lucra communia eſſe debere; & nihil non æquum eſſe utrique parti.*

CAPUT VIII.

De forma coërcendi ipſo jure doli mali in contractu bonæ fidei, ſi deceptus a deceptore conveniatur judicio bonæ fidei.

Sed nimis claret, bonæ fidei contractum, qualicumque initum dolo malo, apud Veteres ipſo jure nullum haberi. Hoc vero quid vult? quo ſpectat? nempe, ut qui deceptus eſt dolo malo, ſi in Foro Romano conveniatur actione bonæ fidei: nil neceſſe habeat, actori apud Prætorem in jure objicere doli mali exceptionem: ſicut facere debent qui ſtricti juris contractu Juris ſubtilitate tenentur; & a Prætore demum per exceptionem adjuvantur. cum enim Prætor qui actionem & Judicem dat, ſimul judicii formulam concipit, jubeat, Judicem quem litigantibus addicit, in judicio bonæ fidei non ſimpliciter, ſi paret, condemnare; (ut in judiciis ſtricti juris fieri, ſupra dixi) ſed jubeat, eum, ſi paret, condemnare ex fide bona: apparet, reum, etſi actori apud Prætorem in jure non objecerit doli mali exceptionem; neque curaverit, eam a Prætore formulæ inſeri: tamen actoris dolum malum apud Judicem poſt litem conteſtatam in judicio ſuo ordine allegare & probare poſſe: ita ut Judex eam defenſionem in jure quidem omiſſam apud Prætorem, ſed in judicio allegatam probatamque admittere; & reum ex fide bona, tamquam ipſo jure non obligatum, officio ſuo abſolvere poſſit. Id indigitant Veteres; cum ajunt, exceptiones bonæ fidei judiciis ineſſe *l. 3. D. de reſcindenda venditione. l. 21. D. Soluto matrimonio.* item, bonæ fidei judicium in ſe continere doli mali ex-

ceptionem *l.* 84. §. 5. *D. de legatis lib.* 1. Hoc eo verius cenſeo: quia habeo auctores Paulum & Scævolam, Veteres ea loquendi forma ſignificare, quod in ſtricti juris judiciis obtinetur impetrata a Prætore doli exceptione, in bonæ fidei judiciis, etſi nihil excipiatur, ſatis per officium Judicis conſuli. ſic enim difiniunt in *l.* 38. *& l. ult. D. de petitione hereditatis:* & recte; quia quod ipſo jure fit, licet a litigatoribus omittatur apud Prætorem, tamen ſi in judicio allegetur, adhuc Judicis officio ſuppleri, jus & uſus patitur. Sed exceptiones quæ inſunt bonæ fidei judiciis, & actiones ipſo jure tollere, & exceptionibus opponi, pluribus Veterum teſtimoniis tradidi *lib.* 1. *De jurisdictione & imperio c.* 13. nunc contentus ero, unum attuliſſe ex Juliano *l.* 28. *D. de actionibus empti & venditi:* cujus hæc ſunt verba.

Prædia mihi vendidiſti; & convenit, ut aliquid facerem: quod ſi non feciſſem, pœnam promiſi. Reſpondit, venditor, antequam pœnam ex ſtipulatu petat, ex vendito agere poteſt: ſi conſecutus fuerit, quantum pœnæ nomine ſtipulatus eſſet, agentem ex ſtipulatu doli mali exceptio ſubmovebit. ſi ex ſtipulatu pœnam conſecutus fueris, ipſo jure ex vendito agere non poteris: niſi in id, quod pluris ejus interfuerit, id fieri.

Species hæc eſt. Titius cum Sempronio venderet prædia, pactus eſt, & quidem in continenti; (ſic enim accipio illud, *& convenit*) ut aliquid faceret Sempronius. quod ſi non faceret Sempronius, Titius pœnam dari ſtipulatus eſt. Sempronius non fecit quod promiſit. poteſt Titius, prout elegerit, uti actione ex ſtipulatu ad pœnam, vel actione ex vendito ad id quod ejus intereſt fieri quod convenit: altera propter interpoſitam ſtipulationem: altera ob pactum, in continenti adjectum contractui bonæ fidei: quod ei ineſſe, atque ejus actionem formare intelligitur *l.* 7. §. 5. *D. de pactis.* Hoc, quamdiu nihil conſecutus eſt Titius. Sed pone: is una exegit actione quod ea debebatur: mox agit altera. an poteſt agere? in ſumma negat Ulpianus. & recte: quia non eſt veriſimile, voluiſſe contrahentes, Titium, ut bis idem acciperet, utraque uti actione. contra videntur hoc voluiſſe, ut Sempronius pœnæ metu ſaltem cogeretur facere quod promiſit. fac tamen, Titium utraque experiri actione: quomodo ſe defendet Sempronius? Hæc jam quæſtio hujus loci: atque ea pendet ab uſu Fori Romani. in quo refert, utra agatur actione. nam ſi Titius, poſtquam pœnam conſecutus eſt ex ſtipulatu, deinde agat ex vendito ad id quod ejus interfuit, fieri quod promiſſum eſt: ait Julianus, eum ipſo jure ex vendito agere non poſſe: niſi in id quod pluris ejus interfuerit, id fieri. cauſa Juliani eſt: quod agenti ex vendito, cum ex ſtipulatu pœnæ nomine accepit, quanti ejus interfuit fieri quod promiſſum eſt: bona fides reſiſtit. agit enim dolo malo, bis idem petens. porro bonæ fidei judicio, quale eſt ex vendito, ineſt exceptio doli mali. non igitur dubium eſt, quin Titius, accepta pœna actione ex ſtipulatu quæ eſt ſtricti juris, ſi denuo agat actione ex vendito quæ eſt bonæ fidei, Judicis officio ſine Prætoris opera ipſa Juris Civilis auctoritate repellatur. ſic, ſi Titius agat ex vendito; cum ante egit ex ſtipulatu. ſed quid, ſi ex ſtipulatu agat, poſtquam ex vendito conſecutus eſt quantum fuit pœnæ nomine ſtipulatus? non eadem eſt Juliani ſententia. contra ait, eum jam non ipſo jure, ut ante, ſed doli mali exceptione, ſubmoveri. qua cauſa? non alia, quam quod actioni ſtricti juris in hac ſpecie non ineſt exceptio doli mali, ſicut in ſuperiore inerat actioni bonæ fidei. nec igitur nunc poteſt Sempronius officio Judicis ipſo jure abſolvi; ſed per exceptionem: id eſt, demum Prætoris facto, exceptione in jure oppoſita ante litem conteſtatam, & a Prætore formulæ inſerta. Quod ſi eſt, demonſtratum eſt quod erat probandum, quemlibet dolum malum bonæ fidei contractum ex quo convenitur is qui circumſcriptus eſt, ipſo jure ſubvertere: quia conſtat, ex quocumque dolo malo ſine diſcrimine naſci exceptionem: eamque ineſſe bonæ fidei judicio; & contractum ipſo jure infirmare officio Judicis; nec Prætoris opera indigere.

Et tamen (quod unus atque egregie animadvertit Ulpianus *l.* 13. §. 27. *&* 28. *D. de actionibus empti & venditi*) ſi quis colludente meo procuratore, ab eo emerit, competit ei adverſus me ex empto actio utilis. (ſic opinor ex *d. l.* 13. §. 25.) ad quid? non ut venditionem traditione conſummem, & de evictione caveam: minime; non enim valet illa emptio, & talis demum obtinet empti formula, ſi valeat emptio *l.* 11. *pr.* §. 1. *&* 2. *D. eod. tit.* quid ergo eſt? hactenus dabitur ei adverſus me actio, ut aut ſtem emptioni, aut ab eo recedam: id eſt, ut ego qui non teneor Jure Civili, ſtare emptioni qua ſim læſus dolo malo, eligam: utrum malim contractui ſtare? an ab eo recedere ipſo jure. Idem eſſe ait, ſi quis minorem annis quinque & viginti circumvenerit. Verba Ulpiani, quia notabilia ſunt, appoſui ex *d.* §. 27. *&* 28. ea verba ſunt.

Si quis colludente procuratore meo ab eo emerit, an poſſit agere ex empto? Et puto hactenus, ut aut ſtetur emptioni, aut diſcedatur. Sed & ſi quis minorem viginti quinque annis circumvenerit, & huic hactenus damus actionem ex empto, ut diximus in ſuperiore caſu.

Caput IX.

Qua forma ipſo jure caſtigetur dolus malus in judicio bonæ fidei; cum deceptus ultro vult agere adverſus deceptorem? expoſita quædam Veterum Juriſconſultorum loca aliter, ac factum hactenus a Juris Interpretibus fama celebri.

Quæ ſuperiore capite dixi, locum habent ex parte ejus qui deceptus dolo malo, actione bonæ fidei conveniτur. Sed quid, ſi is ultro velit agere adverſus deceptorem? convenit bonæ fidei, ut vel ſic æſtimetur dolus malus: quem oportet ſemper a judicio bonæ fidei abeſſe. ejus rei teſtimonium præbet Pomponius *l. 6. §. 8. D. de actionibus empti & venditi*, nec minus Ulpianus: imo is ait, ſufficere bonæ fidei actionem, nec neceſſariam eſſe de dolo actionem *l. 7. §. 3. & l. 9. D. de dolo malo.* mitto Ciceronem *lib. 3. De natura Deorum c.* 30. qui bonæ fidei actiones ſimili conſilio judicia *de mala fide* appellat. proinde nil fecero alienum a ratione Juris Civilis: ſi concedam illi qui ſit deceptus dolo ejus cum quo contraxit, adverſus eum agere actione bonæ fidei: eaque, ſi velit, a contractu quaſi invalido atque imperfecto, Judicis officio ipſo jure diſcedere, id ut exiſtimem, olim impulit me Ulpianus; neque adhuc defugiet auctoritatem: ſi eum audiamus *l. 11. §. 5. D. de actionibus empti & venditi.* Verba Ulpiani.

> *Si quis virginem ſe emere putaſſet, cum mulier veniſſet, & ſciens errare eum venditor paſſus ſit: redhibitionem quidem ex hac cauſa non eſſe: verum tamen ex empto competere actionem ad reſolvendam emptionem, & pretio reſtituto mulier reddatur.*

Sic Florentiæ. in aliis libris eſt: *ut pretio reſtituto mulier reddatur.* rectius. Ecce: Titius volebat emere ſervam, non qualem qualem, ſed virginem. Sempronius ei pro virgine vendidit ſervam quam ſciebat eſſe mulierem, id eſt, virum paſſam eſſe. ſic enim uſus accepit *Mulieris* vocabulum: etſi proprietas *Mulierem* a *Virgine* non diſtingueret. Tertullianus *De virginibus velandis cap. 5. Sed quoniam ita mulieris nomen uſurpant, ut non putent competere illud, niſi ei ſoli quæ virum paſſa ſit, probari a nobis oportet proprietatem ejus vocabuli ad ſexum ipſum, non ad gradum ſexus pertinere, quo communiter etiam virgines cenſeantur.* Ipſe Ulpianus *l. 7. §. 14. D. de Ædilitio Edicto* ait, *Mulierem ita arctam ut mulier fieri non poſſit, ſanam non videri conſtat.* Nec minus Arnobius *lib. 5, Adverſus gentes c. 25. Quodam, inquiunt, tempore, cum in Siciliæ pratulis purpureos legeret nondum mulier flores, & adhuc virgo Proſerpina.* Ad eumdem modum Proculus apud Vopiſcum, *ejus vita. Centum ex Sarmatia virgines cepi. Ex his una nocte decem inivi: omnes tamen, quod in me erat, mulieres intra dies* xv *reddidi.* Occurrit igitur in propoſito dolus, atque is qui contractui dedit cauſam. non enim fuerat contracturus Titius; ſi ſciviſſet, ancillam quæ ei vendebatur, mulierem eſſe. contra diſſimulavit Sempronius, vitiatam eſſe; ut Titius emeret quam abſque hoc dolo fuiſſet, non fuiſſet empturus. ut ut ſe ea res habuit: duplex vertitur quæſtio. una, an danda Titio illa ex cauſa ſit ad redhibendum actio ex Ædilitio Edicto. altera eſt, ſi hæc actio emptori non competat: an ei permittenda ſit civilis ex empto actio? Quod ad priorem quæſtionem attinet: negat Ulpianus, emptori ex Ædilitio Edicto concedi actionem ad redhibendum. & recte: quia mulier, etſi virgo non ſit, tamen nec vitioſa aut morboſa eſt. imo Ulpianus *l. 14. §. 1. D. de Ædilitio Edicto, Si*, inquit, *mulier prægnans venierit, inter omnes conſtat, ſanam eam eſſe.* Non igitur permittitur Titio ex Ædilitio Edicto redhibitoria actio: quia id Edictum juſſit quidem, eum qui mancipia vendit, certiorem facere emptorem, quid morbi vitiive cuique ſit: ſed de ſtupro certiorem facere emptorem non juſſit *l. 1. D. eod. tit.* Tantum de priore quæſtione. Altera eſt, an Titio competat civilis ex empto actio? quod magis eſſe, Ulpianus putat. ſcilicet, quia Sempronius ei pro virgine vendidit ancillam quam ſciebat mulierem eſſe: cum intelligeret, eum non mulierem, ſed virginem cupere: Sempronius certe vitiatam eſſe ancillam diſſimulavit; &, ut Ulpianus *d. l. 11. §. 5.* ait, ſciens errare eum paſſus eſt. præclare autem Florentinus *l. 43. §. 2. D. de contrahenda emptione, Dolum malum*, inquit, *a ſe abeſſe præſtare venditor debet:* & cum quæri poſſit ejus exemplum doli: eſſe ait in eo *qui fallendi cauſa obſcure loquitur*; aut *qui inſidioſe obſcure diſſimulat.* Decepit igitur Sempronius Titium dolo malo contra bonam fidem quæ in emptione & venditione maxime exigitur: eritque, ut Ulpianus ait *d. l. 11. §. 5.* is in Foro exitus; ut Titio adverſus Sempronium detur ex empto actio ad hoc, ut ea emptio reſolvatur: id eſt, ut officio Judicis, ex fide bona cognoſcentis, habeatur nulla ipſo jure. ita enim hoc verbum in *l. 5. C. & l. 3. D. de reſcindenda venditione* accipitur: hic autem eo verius; quod ab Ulpiano dicitur emptori dari actio ex empto ad reſolvendam emptionem: ita ut pretio ei reſtituto, mulier venditori reſtituatur. apparet igitur ex Ulpiani verbis, bonæ fidei contractum, admiſſo in contrahendo dolo malo, ipſo jure eſſe nullum atque imperfectum; idque huc pertinere in Foro Ro-

 mano:

mano: ut ſicut doli exceptio, agente illo qui decepit, ineſt actioni bonæ fidei: ſic actio de dolo, agente illo qui eſt deceptus, bonæ fidei actione contineatur; & contractus non minus hac, quam illa via officio Judicis ipſo jure infirmetur.

Non tamen hoc jus eſt: niſi velit is qui circumſcriptus ſit. nam ſi detectæ adquieſcat fraudi: (ut apud Plinium *lib.* 7. *Natur. hiſt. c.* 12. Marcus Antonius Triumvir, a Toranio mangone deceptus circa pueros qui gemelli dicebantur, cum non eſſent) cur non valeat contractus, concurrente utriuſque conſenſu, & deceptoris & decepti?

At quid, ſi hic ſtare velit contractum: ille nolit? vel ſic judicavero ſecundum contractum. ac movet me, quod ut nullus ob dolum malum ſit bonæ fidei contractus, magis eſt in honorem decepti, quam deceptoris inductum. an enim Jus Civile faveat improbitati ejus qui non modo faciat dolo malo, ſed ea inſuper ſit impudentia, ut non timeat, in judicio bonæ fidei ſuam ipſe allegare turpitudinem? abſit. ejus igitur cauſam inſtaurari, grave eſt *l.* 30. *C. de tranſactionibus.* aliud fuerit ex decepti parte: cui ſuo uti beneficio, ſi velit, jus eſt: ſi nolit, neceſſitas non eſt. optime Quintilianus, *Declam.* 7. *Omnium,* inquit, *beneficiorum iſta natura eſt, ut non ſit neceſſitas, ſed poteſtas. quidquid in honorem alicujus inventum eſt, deſinit privilegium vocari poſſe, ſi cogas. cuncta, ſi videtur, jura percurrite, nuſquam adeo pro nobis ſollicita lex, ut quod præſtat extorqueat.* Poſſent hæc forte pluribus tradi: ſed malo vitare ſatietatem; ac jam in fine præcedentis capitis demonſtravi ex *l.* 13. §. 27. *&* 28. *D. de actionibus empti & venditi*, ab Ulpiano ipſi concedi deceptori, adverſus deceptum experiri actione ex empto hactenus, ut eligat, utrum malit contractui ſtare, an ab eo recedere.

Illud dignum quæri, an is qui in contrahendo eſt deceptus dolo malo, poſſit actione bonæ fidei ſine diſcrimine petere, dolum purgari, ſalvo contractu? pone, experiri: non ut totus diſſolvatur contractus; ſed quanto pluris aut minoris emiſſet aut vendidiſſet, ſi non interveniſſet dolus malus. Non utar circuitione: aperte dicam, vel hoc pati bonam fidem, atque ab Ulpiano tradi *l.* 13. §. 4. *&* 5. *D. de actionibus empti & venditi:* ſi ſincere integreque a contagione cavillationis ſervetur: quod adeo non eſt factum ab Accurſio, aliiſque Interpretibus fama celebri, & præſtante ſcientia: ut de Juriſprudentia pulchre videar meriturus, ſi de inveſtiganda Ulpiani ſententia ſerio cogitem. id agam: ſed primum exponam verba *d.* §. 4. ea verba ſunt.

Si venditor dolo fecerit, ut [*rem*] *pluris venderet, puta de artificio mentitus eſt, aut de peculio; empti eum judicio teneri, ut præſtaret emptori, quanto pluris ſervum emiſſet, ſi ita peculiatus eſſet, vel eo artificio inſtructus.*

Ut paulo clarior fiat Ulpiani ratio, pauca præmittam de Veterum more circa ſervorum venditionem. Qui venalem producebat ſervum, ſolebat in titulo quem (ut obſervat Scaliger, *Notis ad Propertium*) plerumque de ſervi collo ſuſpendebat, ejus virtutes ac vitia enarrare. iſque titulus ut ſcriptus ſit, ita uti recte intelligi poſſit; Ædilitio Edicto fuiſſe cautum, auctor eſt A. Gellius, *Noct. Attic. lib.* 4. *c.* 2. ex eo vero more & jure Orbilius apud Suetonium, *De illuſtribus Grammaticis c.* 4. *Apud majores ait, cum familia alicujus venalis produceretur, non temere quem literatum in titulo, ſed literatorem inſcribi ſolitum eſſe: quaſi non perfectum literis, ſed imbutum.* Ne hoc quidem omittam, quod venditor, cum de peculii magnitudine aut artis genere & gradu quid affirmaret, ſæpe ineſcabat emptorem alias non contracturum: plerumque venalem ſervum pluris aut minoris æſtimabat. Livius *lib.* 39. *c.* 6. *Tum coquus viliſſimum antiquis mancipium & æſtimatione & uſu, in pretio eſſe, & quod miniſterium fuerat, ars haberi cœpta.* Plinius quoque *lib.* 7. *Natur. hiſtor. c.* 39. *Pretium hominis in ſervitio geniti maximum ad hanc diem (quod equidem compererim) fuerit Grammaticæ artis Daphnidis; Cn. Piſaurenſi vendente, & M. Scauro principe civitatis* CCI. M. DCCC. *ſeſtertiis licente. Exceſſere hoc noſtro ævo, nec modice hiſtriones, ſed libertatem ſuam mercati: Quippe cum jam apud majores Roſcius hiſtrio H-S. quingenta annua meritaſſe dicatur.* Cæterum ut æſtimabat ſervum venditor ab his quæ in titulo dixerat, promiſeratve; ita rationis erat, emptorem contra poſtulare, ſibi præſtari id ſine quo aut non fuiſſet contracturus, aut non ita. nec tamen debebat id amare exigere: ſed cum quodam temperamento. nam ſi ſimpliciter dixiſſet venditor, peculiatum eſſe ſervum: ſufficiebat, vel minimum habere peculium *l.* 18. §. 2. *D. de Ædilitio Edicto:* aliter ac ſi certum quid affirmaſſet de prædiis, animalibus, mancipiis, mercibus, fœnebri pecunia; aliis, quæ in peculio ſæpe fuiſſe, teſtatur Imperator §. 5. *Inſt. Quod cum eo qui in aliena poteſtate.* ſimiliter ſi artificem promiſiſſet; non utique perfectum in arte præſtare tenebatur, ſed peritum ad aliquem modum *l.* 19. §. 4. *D. de Ædilitio Edicto.* quod ſi dixiſſet, optimum eſſe coquum, verbi gratia: tum optimum in eo artificio eum præſtare oportebat: & ita in cæteris quoque obtinebat artificiorum generibus *d. l.* 18. §. 1. Hiſce præmiſſis, venio nunc ad *d.* §. 4. *l.* 13. Species proponitur talis. Titius qui venalem producebat ſervum, eſt in titulo mentitus de ſervi peculio, aut artificio. dixit, exempli cauſa, eum in peculio habere certa mancipia, animalia, prædia, merces, pecuniam fœnebrem: aut dixit, eſſe coquum optimum, Gramma-

ti-

ticum eruditiſſimum, pictorem pretioſum: eoque effecit mendacio, ut ipſe quidem pluris venderet ſervum; Sempronius autem emeret, quem niſi ſpe peculii aut excellentia artis pellectus eſſet, vel non tanti, vel etiam omnino non emiſſet. non enim in ſacto hoc exprimitur: quia nihil refert. Inde cum ſervum neque ita peculiatum, neque eo artificio inſtructum eſſe, conſtaret: quæſtionis fuit, quomodo ſuccurrendum eſſet emptori: conquerenti, ſe a venditore in contrahendo ea machinatione eſſe circumventum? incidebat dubitatio circa actionem ex empto: nec tamen tam circa ipſam, quam circa ejus modum: quod aliquis reſtaret ſcrupulus; utrum ad hoc danda præciſe eſſet ea actio, ut venditio dolo malo contracta, ex fide bona in totum reſolveretur; an & ſic, ut venditor emptori præſtaret, quanto pluris eſſet ſervus, ſi ita peculiatus vel eo artificio inſtructus fuiſſet. Et placuit Ulpiano, bonam fidem non adſtringi ad unam ac ſimplicem agendi formam: ſed varie ac ſolutius æquitatem ſequi. pati enim, eum qui ſit in contrahendo deceptus dolo malo, prout elegerit ex ſuo commodo, vel diſcedere a tota emptione quaſi imperfecta; vel intendere, ut dolus, ſalvo contractu, emendetur. Hæc mihi videtur Ulpiani ſententia. At enim non liquet in *d.* §. 4. *l.* 13. Id me urit prima facie: loquitur enim Ulpianus de actione ex empto quanti minoris; atque hanc emptori palam concedit; nec addit, licere quoque ei, ſi malit, a tota abire emptione. Sed me movet, quod hoc non negat Ulpianus: & interim in *d. l.* 11. §. 5. *D. de actionibus empti & venditi* poſteriore utitur forma: ſicut priore in *d.* §. 4. *l.* 13. Non omnia dixi: præterea habeo adminiculum meæ interpretationi fidele ac firmum; quod mecum ſentit Julius Paulus, *lib.* 2. *Sentent. tit.* 17. §. 6. Is tractat non aliam, non ſimilem, ſed ipſam qua de agimus, Ulpiani ſpeciem, ac prope ejus verbis, etiam utramque quam præ me tuli, agendi formam in ea oſtendit ſine hæſitatione. Pauli verba ſi quis inſpicere volet, ſubjeci. *Si ut ſervum quis pluris venderet, de artificio ejus vel peculio mentitus eſt, actione ex empto conventus, quanto minoris valuiſſet, emptori præſtare compellitur, niſi paratus ſit eum redhibere.* Pauli ſenſus eſt, Emptori adverſus venditorem qui ſit de ſervi artificio, aut de ejus peculio mentitus, competere actionem ex empto, quanti minoris: niſi malit, (ſic interpretor illud, *niſi paratus ſit*) niſi, inquam, malit emptor, eadem ex empto actione, redhibito ſervo, a tota emptione recedere. Ad hunc ſane modum Gajus *l.* 18. *D. de Ædilitio Edicto, Si quid*, inquit, *venditor de mancipio affirmaverit, idque non ita eſſe emptor queratur: aut redhibitorio, aut æſtimatorio, id eſt, quanto minoris judicio agere poteſt.* Nulla quidem hic mentio actionis ex empto: ſed Ulpianus *l.* 11. §. 3. *D. de actionibus empti & venditi, Redhibitionem quoque*, inquit, *contineri empti judicio, & Labeo & Sabinus putant, & nos probamus.* Inſuper memini legere apud Julianum in *l.* 25. §. 1. *D. de exceptione rei judicatæ*, quod actio, Quanti minoris homo cum veniret fuerit, etiam redhibitionem continet, ſi tale vitium in homine eſt, ut eum ob id actor empturus non fuerit. Exemi ex Ulpiano difficultatem, hactenus nimis moleſtam in §. 4. *d. l.* 13. *D. de actionibus empti & venditi.*

Sequens cura erit circa §. 5. *ejuſdem capitis.* Verba hæc ſunt.

Per contrarium quoque idem Julianus cum Terentius Victor deceſſiſſet, relicto herede fratre ſuo; & res quaſdam ex hereditate & inſtrumenta & mancipia Vellicus quidam ſubtraxiſſet: quibus ſubtractis facile quaſi minimo valeret hereditas, ut ſibi ea venderetur, perſuaſit: an venditi judicio teneri poſſit? Et ait Julianus, competere actionem ex vendito, quanto pluris hereditas valeret, ſi hæ [*res*] *ſubtractæ non fuiſſent.*

Vellicus quidam, ſic Florentiæ editur. in aliis libris eſt, *Villicus:* ſed magis placet *Vellicus:* (ut in *l.* 52. §. 2. *D. Pro ſocio*) quidam, inquam, Vellicus ſubtraxit ex Terentii Victoris hereditate quaſdam res, atque etiam quædam inſtrumenta, & mancipia: hoc conſilio, ut defuncti fratrem qui eam hereditatem non habebat venalem, his ſubtractis permoveret, ut eam quaſi minimo valeret, id eſt, quaſi exigui admodum eſſet momenti, ſibi facile venderet. ea calliditate ac fallacia circumſcriptus defuncti frater, Vellico vendidit hereditatem quam alioquin non fuiſſet venditurus. intellecto deinde dolo qui dederat cauſam venditioni: quæritur, quemadmodum conſulendum venditori ſit adverſus emptorem? duplex occurrit deliberatio: una de genere actionis: altera de ejus forma. prior inſpectio quæ conſiſtit circa genus actionis, quærit, utra venditori danda ſit actio, de dolo, an ex vendito? illa inſpectio eſt *l.* 9. *D. de dolo malo:* in qua ait Ulpianus, non eſſe de dolo actionem, ſed ex vendito ſufficere: ſine dubio, quia ei ineſt de dolo actio, ob clauſulam, Ex fide bona: ſicut ob ipſam omnibus continetur bonæ fidei judiciis; ut ſupra dictum. altera quæſtio eſt de forma qua exercenda ſit illa ex vendito actio. atque ipſa eſt *d.* §. 5. *l.* 13. ait autem Ulpianus, Juliano videri, venditori adverſus emptorem competere actionem ex vendito, quanto pluris valeret hereditas: ſi hæ res ſubtractæ non fuiſſent: id eſt, ſi non fuiſſet venditor eo dolo ab emptore ad contrahendum inductus. ſinit igitur Ulpianus, auctore Juliano, in bonæ fidei contractu, admiſſo in contrahendo dolo malo, a decepto agi ſine diſcrimine: non modo ut diſſolvatur contractus; ſed etiam, ut dolus ſalvo contractu emendetur.

Fu-

Fugit te, inquies, ratio. eſt enim Accurſii ſententia, jam ab omnibus recepta qui ſe Juriſconſultos profitentur, hoc in themate non idcirco agi, quanto pluris hereditas valeret: quod is dolus dederat venditioni cauſam; ſed quod in eam inciderat. Si tamen concedam tibi quod de doli genere dicis, etſi contrarium verius ſit: nihil promovebis. falleris enim, cum exiſtimas, poſſe venditorem apud Ulpianum *d.* §. 5. agere, quanto pluris valeret hereditas non ſubtractis rebus: nec præterea agere ei licere ad totius reſciſſionem contractus. non eſt ita: exſpecto, mihi oſtendi verba quibus hoc ſignificet Ulpianus. nulla enim exſtant. interim audebo, eum vel hic accipere, quaſi patiatur, venditorem actione ex vendito non minus a toto contractu diſcedere; quam experiri, quanto pluris hereditas valeret, non ſubtractis rebus. Frontem contrahis: ſat video. ſed abſolvit me Imp. Alexander *l.* 4. *C. de hereditate vel actione vendita*, verbis ſequentibus.

> *Qui nondum certus de quantitate hereditatis, perſuadente emptore, quaſi exiguam quantitatem eam vendidit: bonæ fidei judicio conveniri, ut res tradat, vel actiones mandet, non compellitur:* [*nam*] *ſuo quoque jure eorum perſecutionem habet.*

Quæ Alexandro offertur facti ſpecies, eſt eadem huic quam ex Juliano tractat Ulpianus *d.* §. 5. *l.* 13. proponitur enim heres qui non habebat venalem hereditatem, ad ejus venditionem Titii fraude ac machinatione eſſe inductus. ſumma eſt: Titius ut heredem provocaret ad vendendam hereditatem qui heres de ea vendenda non cogitabat: affirmabat, exiguas eſſe hereditatis vires quas ſciebat magnas eſſe. heres nondum certus de quantitate hereditatis, paſſus eſt, ſibi a Titio quem virum bonum eſſe putabat, perſuaderi; ut ei venderet hereditatem quaſi exiguam quantitatem quæ erat inſignis. poſtea animadverſo dolo qui dederat venditioni cauſam: rogatur per Libellum Imp. Alexander a quodam Diogene ad quem reſcriptum eſt; an heres poſſit bonæ fidei judicio, id eſt, actione ex empto, ab emptore compelli, ei res tradere, vel actiones directas mandare? quærendi cauſa eſt, quod venditor hereditatis emptori ad has præſtandas actione ex empto tenetur. Sed reſcribit Alexander: quod, ut venditor actione ex empto cogatur ad præſtandum id quod emptione continetur, eſſe oportet emptionem ex qua competat ex empto actio: nunc autem nulla atque inutilis eſt, tam manifeſto emptoris dolo. compelli igitur ab emptore venditor judicio bonæ fidei, id eſt, actione empti, ut res tradat, vel actiones mandet, non poteſt. Sic Alexander: & addit in extrema Reſcripti parte, Venditorem *ſuo quoque jure eorum perſecutionem habere.* Quid hoc? ſi valeret ea qua de agitur hereditatis venditio, non modo parata emptori eſſet ex empto actio adverſus venditorem, ut ei res traderet, vel directas actiones cederet, ſicut dictum: ſed ſuo quoque nomine haberet actiones utiles ſine ceſſione *l.* 5. *& ult. C. eod. tit.* ex Reſcripto Divi Pii *l.* 16. *D. de pactis:* atque ita, ut venditori deinde directas exercenti, in utilibus modis omnibus præferretur *l.* 55. *D. de procuratoribus.* nunc autem quia nulla putatur emptio in qua ab initio fuit dolus malus: ait Alexander, venditorem ſuo jure habere eorum perſecutionem: id eſt, habere integras atque efficaces actiones directas: non adquiſitis emptori utilibus. Quod ſi eſt: apparet, eſſe in venditoris arbitrio, cum ab emptore in contrahendo eſt deceptus dolo malo; velitne, a toto contractu, tamquam nullo atque imperfecto, abire; an malit, eo ſalvo, agere, quanto pluris vendidiſſet hereditatem, ſi non fuiſſet dolo malo circumventus.

CAPUT X.

Poſſe eum qui eſt deceptus dolo malo, etiam experiri bonæ fidei judicio ad id quod ſua interſit, ſe deceptum non eſſe: quamvis nullo contractu.

Fere oblitus eram, quod ſi præterea interſit ejus qui ſit deceptus, ſe non decipi dolo malo, nulla intercedit invidia Juris Civilis, quo minus ad hoc agat, quantumvis nullo contractu. nam vel hoc eſſe bonæ fidei conſequens, manifeſtæ rationis eſt. finge: aliquis ſciens ignoranti vendidit rem exemptam hominum commercio. eſt deceptus dolo malo emptor: ſed venditor ei quod promiſit, præſtare nequit, impediente Civili Jure. non valet contractus: nec emptori competit ex empto actio, ut res tradatur: quod naturaliter ex empto actioni ineſt, perfecta emptione *l.* 11. *pr. &* §. 2. *D. de actionibus empti & venditi:* ſed ſi emptoris interſit, ſe non decipi; nihilominus convenit bonæ fidei, eum accipere, quod ſua interfuit, ne deciperetur, eumque in finem ei ex empto actionem dari *l.* 62. §. 1. *D. de contrahenda emptione, &* §. *ult. Inſt. de emptione & venditione.*

Simile dicendum eſt, ſi quid a venditore traditum ſit dolo emptoris, atque idem ab emptore reſtitui nequeat. pone, venditum eſſe ſervum emptoris dolo malo; eumque ſervum deinde ab emptore eſſe manumiſſum. non poteſt reſtitui manumiſſus ſervus. nec igitur poteſt venditor, quamvis maxime deceptus, intendere, ut reſtituto emptori pretio, ſervus ſibi reſtituatur. quid ergo eſt? res in eum devenit locum, ut venditori danda ſit

ad-

adverſus emptorem actio ex vendito ad id quod intereſt *l. 9. §. ult. & l. 11. D. de minoribus.*

Similiter ſi mihi ignoranti vendideris rem alienam ſciens: ait Africanus, me etiam prius, quam evincatur, utiliter ex empto acturum in id quanti mea interſit, meam eſſe factam. & præfatur Africanus, quod quamvis alioquin verum ſit, venditorem teneri hactenus, ut rem emptori habere liceat; non etiam, ut ejus faciat: tamen quia dolum malum abeſſe præſtare debet, oportet teneri eum qui ſciens ignoranti rem alienam, non ſuam vendidit. finge, manumiſſuro, vel pignori daturo, vendidiſſe *l. 30. §. 1. D. de actionibus empti & venditi.* Simili ratione ait Pomponius *l. 6. §. ult. D. eod. tit.* ſi venditor ſciens vendiderit obligatum aut alienum; & adjectum ſit, Neve eo nomine quid præſtaret: oportere æſtimari dolum malum ejus: quem in judicio empti, quod bonæ fidei ſit, ſemper abeſſe oporteat.

Ab eadem cauſa eſt quod refert Cicero *lib. 3. De officiis* verbis quidem compluribus, ſed non indignis quæ adſcribantur. Verba Ciceronis. *Ac de jure quidem prædiorum ſancitum eſt apud nos Jure Civili, ut in his vendendis vitia etiam dicerentur quæ nota eſſent venditori. Nam cum ex Duodecim Tabulis ſatis eſſet ea præſtari quæ eſſent lingua nuncupata, quæ qui inficiatus eſſet, dupli pœnam ſubiret: a jureconſultis etiam reticentiæ pœna eſt conſtituta. Quidquid enim eſt in prædio vitii, id ſtatuerunt, ſi venditor ſciret, niſi nominatim dictum eſſet, præſtari oportere: ut cum in arce augurium augures acturi eſſent, juſſiſſentque T. Claudium Centimalum, qui ædes in Cœlio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auſpiciis: Claudius proſcripſit inſulam, vendidit: emit Publius Calpurnius Lanarius. huic ab auguribus illud idem denuntiatum eſt. itaque Calpurnius, cum demolitus eſſet, cognoſſetque Claudium ædes poſtea proſcripſiſſe, quam eſſet ab auguribus demoliri juſſus, arbitrum illum adegit, quidquid ſibi dare facere oporteret ex fide bona. M. Cato ſententiam dixit, hujus noſtri Catonis pater. ut enim ceteri ex patribus, ſic hic qui illud lumen progenuit, ex filio eſt nominandus. is igitur judex ita pronuntiavit: cum in vendendo rem eam ſciſſet, & non pronuntiaſſet, emptori damnum præſtari oportere.*

Caput XI.

Paulum in l. 57. D. de contrahenda emptione eſſe conſpurcatum temeritate hominis indocti qui induit perſonam Pauli §. 1. 2. & 3. idemque eveniſſe Papiniano in l. 58. D. eod. tit.

Non erravero a propoſita materia: ſi hoc loco proferam verba *l. 57. D. de contrahenda emptione:* ut decoris ingeniis aliquam præbeam cauſam explorandi, an quid domi habeant, quo Paulo cujus ea verba eſſe vult Inſcriptio, deinceps conſtet ratio civilis ſapientiæ. me enim quod attinet, facile egregium illum Juriſconſultum libero ſocordia atque inertia: ſed metuo, ne eum obſideant nugæ, nulla arte explicabiles. ac jam aſſentior Antonio Fabro, V. Cl. *lib. 12. Conject. c. 17. & Rationalib. ad h. l.* exiſtimanti, pauca eo in Fragmento eſſe Pauli; pleraque magis peregrinum ducere colorem. nec tamen Fabro meam addixi credulitatem. eſt enim, ubi eum ſequar. eſt, ubi diverſam tenebo viam duce ratione: cui omnes qui ſe homines eſſe arbitrantur, parere æquum eſt. utcumque ſe ea res habeat: invitavit me Faber ad hujus examen Fragmenti: ſicut ego alios ut offeram ampliorem de eo meditandi materiam, ſequentem inſtituo diſputationem. verba hujus Fragmenti in *d. l. 57.* hæc ſunt.

Domum emi, cum eam & ego & venditor combuſtam ignoraremus. Nerva, Sabinus, Caſſius, nihil veniſſe, quamvis area maneat: pecuniamque ſolutam condici poſſe ajunt. † *Sed ſi pars domus maneret, Neratius ait, hanc quæſtionem multum intereſſe, quanta pars domus incendio conſumpta permaneat: ut ſi quidem amplior domus pars exuſta eſt, non compellatur emptor perficere emptionem; ſed etiam quod forte ſolutum ab eo eſt, repetet. ſin vero vel dimidia pars, vel minor quam dimidia exuſta fuerit, tunc coartandus eſt emptor, venditionem adimplere, æſtimatione viri boni arbitratu habita, ut quod ex pretio propter incendium decreſcere fuerit inventum, ab hujus præſtatione liberetur. §. 1. Sin autem venditor quidem ſciebat, domum eſſe exuſtam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem ſtare, ſi tota domus ante venditionem exuſta ſit: ſi vero quantacumque pars ædificii remaneat, & ſtare venditionem, & venditorem emptori quod intereſt reſtituere. §. 2. Simili quoque modo ex diverſo tractari oportet, ubi emptor quidem ſciebat, venditor autem ignorabat. & hic enim oportet & venditionem ſtare, & omne pretium ab emptore venditori, ſi non depenſum eſt, ſolvi: vel ſi ſolutum ſit, non repeti. §. 3. Quod ſi uterque ſciebat & emptor & venditor, domum eſſe exuſtam totam vel ex parte, nihil actum fuiſſe: dole inter utramque partem compenſando, & judicio quod ex bona fide deſcendit, dolo ex utraque parte veniente, ſtare non concedente.*

Thema hoc eſt. Titius Sempronio vendidit domum. ea domus combuſta erat ante perfectam venditionem. neuter ſcivit, combuſtam eſſe. quæritur, an valeat venditio? ne-

gat Paulus ex auctoritate Nervæ, Sabini, ac Caſſii: & cauſatur, quod combuſta domo ante venditionem, nil erat quod veniret: ſine re autem quæ vendatur, nulla venditio eſt. Poterat aliquis dicere, combuſta domo quæ venit, ſupereſſe aream, præcipuam ejus partem. Sed animadvertit Paulus, quod qui domum emit, non aream cogitat: ſed domum areæ impoſitam. qua ſublata per incendium, ſicut non erat domus: ita nihil fuit quod veniret, etſi reliqua area: cum non area vendita ſit, ſed domus. fuit autem area pars domus, quamdiu erat domus. cæterum ſublata domo, area deinde neque domus eſt, neque pars domus, quæ nulla exſtat. quod ſi eſt: recte ait Paulus, nihil veniſſe: & ideo nullam eſſe venditionem. Non minus vere addit Paulus, quod his conſequens eſt, pecuniam nondum ſolutam non poſſe exigi, deficiente ex contractu actione: ſolutam vero, tamquam indebitam, condici poſſe: eo quod ſine cauſa ſoluta eſt. Hoc, ſi area manſit: combuſta domo quam uterque tam venditor, quam emptor, combuſtam eſſe ignoravit. Quid, ſi non exuſta ſit domus tota: ſed ejus pars; eamque combuſtam eſſe, uterque ſimiliter neſciverit? ait Paulus, opinari Neratium, intereſſe, quoad hanc quæſtionem, quanta domus pars incendio perierit. nam ſi amplior exuſta ſit; adhuc nullam videri venditionem: quaſi non fuerit domus quæ venderetur, ſublata majore ejus parte, etſi minore reliqua: cum pleraque non minore, ſed majore, parte cenſeantur. igitur hic quoque ait Paulus, non modo non compelli emptorem, emptionem perficere, ſive emptionem conſummare pretii numeratione, ſed præterea, ſi quid ſolverit, repetere poſſe. Sic Paulus, ſi major domus pars incendio perierit. at ſi dimidia, aut minor, quam dimidia, ſit exuſta: contra ait, valere venditionem; quia intelligitur exſtare domus cujus dimidia pars, aut major, quam dimidia, exſtat: & huic conſequens eſſe ait, ut actione ex vendito poſſit coartari emptor, adimplere venditionem: id eſt, pretium quod pro domo promiſit perſolvere: non quidem in ſolidum; (nam iniquum foret, ſolidum peti pretium, ubi non poteſt viciſſim tradi ſolida domus) ſed quod convenit actioni bonæ fidei, in qua libera Judici eſt poteſtas æſtimandi ex æquo & bono, quantum actori ſolvi debeat §. 30. *Inſt. de actionibus*, officio Judicis minuetur pretium quatenus id propter incendium decreviſſe vir bonus arbitrabitur. Hæc Pauli ſententia: ſi uterque & emptor & venditor ignoraverit, combuſtam fuiſſe domum ante perfectam venditionem.

Sed quid, ſi id venditor ſciverit, emptor ignoraverit? Huc ſpectant verba §. 1. *d. l.* 57. *Sin autem venditor quidem ſciebat, domum eſſe exuſtam, emptor autem ignorabat, nullam ſtare venditionem, ſi tota domus ante venditionem exuſta eſt: ſi vero quantacumque pars ædificii remaneat, & ſtare venditionem, & venditorem emptori quod intereſt reſtituere.* At hic nihil Pauli, ubi nihil eſt ſani coloris. itane? num poteſt Pauli videri diſtinctio, utrum combuſta ſit domus tota, an ejus pars: modo ſi ſciverit venditor, domum ante combuſtam eſſe in totum vel pro parte? non poteſt. detur ex Neratii ſententia locus diſtinctioni, quanta domus pars incendio conſumpta ſit: cum res geſta eſt bona fide; tam venditore, quam emptore, incendium ignorante. at ea nimis abſurda & diluta eſt: cum venditor ſcivit, cum caſum, emptor ignoravit. an venditor, ſciens domum quam vendit, combuſtam eſſe totam vel pro parte, umquam bona fide agit cum emptore apud quem id diſſimulat? non dices: ſi ſapis. quid igitur attinuit, ibi diſtinguere, utrum combuſta eſſet domus tota, an pars? cum utrimque occurrat venditoris dolus: quo bonæ fidei contractus ipſo jure reſcinditur: auctore Paulo *l.* 3. §. 3. *D. Pro ſocio.* Sed quemadmodum in extricanda hac parte non ſervata eſt diligentia digna Paulo: ita vix concoquo, quod ubi ponitur quantacumque extare domus pars, parte exuſta, & hoc ſciviſſe venditor, porro ſubjicitur, *Stare venditionem, & venditorem emptori quod intereſt reſtituere.* quo enim modo poteſt ſtare venditio: ſi pars domus quantacumque, id eſt, aliqua ſaltem, etſi minor, quam dimidia, exſtet? cum præſertim jam ex Neratio dictum ſit, extante minore, quam dimidia, domus parte, perinde nullam videri venditionem, atque ubi tota domus incendio periit. æque non intelligo, quod ubi quantacumque ſupereſt domus pars, parte ſublata; & hoc ſcivit venditor: dicitur, ſtare venditionem; & venditorem emptori quod intereſt reſtituere: nec additur, ipſum obſervari quoque; ſi combuſta ante venditionem ſit domus tota, & id ſciverit venditor. ut enim concedam, nullam eſſe domus venditionem, ſicut eſt nulla, cum ante contractus perfectionem incendio eſt conſumpta domus tota, & hoc ſcivit venditor, emptor ignoravit: non poteſt tamen emptori cujus interſit, ſe non decipi, ob id quod nulla ſit venditio, adverſus venditorem a quo deceptus eſt, negari ex empto actio qua conſequatur quod ejus interſit, ſe non decipi: ut in anteceſſum demonſtratum eſt. Non igitur conſentit cum ratione juris tenor §. 1. *d. l.* 57.

Nec magis ſequitur ex §. 2. ejuſdem loci. *Simili quoque modo ex diverſo tractari oportet, ubi emptor quidem ſciebat, venditor autem ignorabat. & hic enim oportet & venditionem ſtare, & omne pretium ab emptore venditori, ſi non depenſum eſt ſolvi: vel ſi ſolutum ſit, non repeti.* Sic Paulus. Imo ſub ejus perſona homo alius, quiſquis eſt, imprudens juris; ſi volumus, ſincerum facere judicium, neglecta ambitione tuendi cuncta in Veterum ſcriptis. quantum-

vis

vis vana atque inepta. quo enim non dicam argumento, ſed quo colore vult, venditori ideo, quod ignoravit, domum ante perfectam venditionem eſſe combuſtam, adverſus emptorem qui id ſcivit, dari actionem qua omne conſequatur pretium? an quis neſcit, venditionem non minus ex merce, quam ex pretio, conſiſtere? nec agi emendo vendendoque, ut aut merx aut pretium jactetur: ſed ut mercis utilitas cum pretii utilitate permutetur? Non igitur potuit dici, ſalvo jure, ubi ſciebat emptor, domum quam emebat, ante combuſtam eſſe, & hoc ignorabat venditor, oportere & venditionem ſtare, & omne pretium ab emptore venditori, ſi non dependſum ſit, ſolvi. ſit nulla emptio; abſolvat venditorem dolus emptoris qui ſcivit caſum incendii: ſed non fert civilis aut naturalis ratio, ut venditor ab emptore petat pretium venditæ domus: cum ſcit, ſe non habere domum quam ei contra offerat: reſiſtente bona fide & æqualitate permutationis ad quam pergit ſubſtantia emptionis & venditionis. Non opus verbis. ipſe ſic Paulus *l.* 34. §. 3. *D. de contrahenda emptione:* niſi aliud vult, cum vendita re furtiva, *Si*, inquit, *emptor ſolus ſcit, non obligabitur venditor: nec tamen ex vendito quidquam conſequitur, niſi ultro quod convenerit, præſtet.* Non igitur accedam ſententiæ ejus qui in *d. l.* 57. §. 2. ſub Pauli nomine permittit venditori actionem qua conſequatur pretium ab emptore qui ſcivit, combuſtam eſſe domum ante quam ei venderetur. cum præſertim ipſe Paulus a tali abhorreat ſententia *d. l.* 34. §. 3. Facilius aſſentiar exiſtimanti in *d. l.* 57. §. 2. non eſſe venditori denegandam pretii retentionem, ſi quod ultro ei ſolverit emptor: quia qui ſciens ſolvit quod non debet, id donaſſe videtur: & ideo nullam habet dati repetitionem *l.* 1. §. 1. *l.* 26. §. 3. *D. de condictione indebiti.* Satis de *pr.* §. 1. & 2. *l.* 57. *D. de contrahenda emptione.*

Supereſt, ut examinem verba §. 3. ea verba ſunt. *Quod ſi uterque ſciebat & emptor & venditor domum eſſe exuſtam totam vel ex parte, nihil actum fuiſſe: dolo inter utramque partem compenſando; & judicio quod ex bona fide deſcendit, dolo ex utraque parte veniente, ſtare non concedente.* Nihil hic dicam de ſcriptoris ſermone fluente nimis inepte. ipſe enim ſe oſtendit, & quemcumque alium potius, quam Paulum, id eſt, virum ſcribendi peritum repræſentat. Non intercedam quoque; quo minus dicatur, nihil actum fuiſſe: cum uterque & emptor & venditor ſciret, domum totam quæ vendebatur, eſſe exuſtam. primum enim non potuit, ubi non erat quod veniret, perfici venditio: deinde, cum uterque ſcivit, non eſſe domum quæ vendebatur, perinde habenda res eſt, ac ſi neuter deceptus eſſet. convenit enim officio Judicis in bonæ fidei judicio, ut dolus qui ab utraque parte venit, ab utraque parte negligatur. Illud me moratur, quod additur quaſi ex Pauli ſententia, exuſta domus parte, parte extante, æque nihil actum eſſe, ac cum exuſta eſt domus tota. ait enim, ut dixi, Paulus in principio *d. l.* 57. extante domus parte, utique dimidia, aut majore, extare venditam domum; & conſiſtere venditionem; ac coarctandum eſſe emptorem, implere emptionem. qua igitur ſpe ſubjicitur in §. 3. *d. l.* 57. quaſi ex Pauli ſententia, exuſta domus parte, parte reliqua, nihil actum eſſe? putet aliquis, referre, quod in prima legis parte neuter contrahentium, in poſtrema uterque ſciebat, domum ex parte combuſtam eſſe. ſed ea differentia nihil mutat perfectionem contractus qua de agitur: quia ſufficit, quod ſicut in legis principio ob utriuſque ignorantiam, ſic in fine propter utriuſque ſcientiam, neuter læſus eſt dolo malo: ac proinde ſicut in principio dixit Paulus, valere domus venditionem, cum dimidia ejus pars aut major extat tempore venditionis: ſic in fine dicendum fuit, ſtare venditionem domus, cujus pars dimidia aut major tempore venditionis remanſit. Etſi deliberari poſſit, an propter emptoris ſcientiam hic arbitrio Judicis ſic minuendum ſit pretium; ſicut illic propter ignorantiam. quod nunc non excutio.

Adſcribam potius Papiniani verba ex *l.* 58. *D. de contrahenda emptione:* in qua infelix ille interpolator, quiſquis fuit, qui Paulum in *d. l.* 57. tam fœde commaculavit, æque aut magis ſe ſua prodit ineptia. verba Papiniani.

Arboribus quoque vento dejectis, vel abſumptis igne, dictum eſt, emptionem fundi non videri eſſe contractam, ſi contemplatione illarum arborum (veluti oliveti) fundus comparabatur: ſive ſciente, ſive ignorante venditore. ſive autem emptor ſciebat, vel ignorabat, vel uterque eorum, hæc obtinent, quæ in ſuperioribus caſibus pro ædibus dicta ſunt.

Sic editur locus. at cui ſit veriſimile, eſſe hanc Papiniani connexionem, *Arboribus* quoque *vento dejectis?* quod ſi quis perſuadere ſibi poſſit: ſequentia certe Papiniani eſſe, non dicet, *Sive autem emptor ſciebat vel ignorabat vel uterque eorum, hæc obtinent, quæ in ſuperioribus caſibus pro ædibus dicta ſunt.* Niſi potuit Papinianus, ſcribens librum x. Quæſtionum ex quo eſt illa lex, conjicere, fore aliquando, ut Paulus libro v. Ad Plautium ex quo deſumpta eſt *d. l.* 57. omnes illos caſus circa venditionem combuſtarum ædium definiret; & Imperator Juſtinianus hoc ejus Fragmentum ex *d. lib.* x. exceptum, Pauli diſputationi in Pandectis, poſt tantum temporis ſpatium, hoc loco ſubjiceret. Sed vanitas humanæ conditionis, etſi frequens ſit & magna, non tamen ad ſui ipſius illuſionem adeo deſipere poteſt.

CAPUT XII.

Actionem quæ datur pro emendatione doli mali in contractibus bonæ fidei, ab Africano & Ulpiano dici utilem. *Modeſtinus explicitus difficillimo loco qui eſt in l. 22. D. de pignoribus & hypothecis Fugitivam eſſe l. 41. D. de pigneratitia actione; & quo pacto ea extricanda videatur. Senſus Papiniani l. 1. D. de pignoribus & hypothecis. Impp. quoque Diocletiani & Maximiani l. 5. C. Si aliena res pignori. Fragmentum Gaji quod eſt in l 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis, ſub illo Titulo male poſitum eſſe ab Architectis Juris. debuiſſe poni ſub Titulo Digeſtorum, De pigneratitia actione: & quis ſit verus Gaji ſenſus.*

Poſſem hic facere finem demonſtrandæ meæ ſententiæ. eſt enim certa & clara. niſi vererer, ne cui abſurdum videretur, quod dixi, non valere bonæ fidei contractum in quo ſit dolus malus, & nihilominus actionem ex eo naſci. unde enim actio, niſi ex obligatione? unde obligatio, niſi ex contractu? denique quis ſapiens effectum ſine cauſa animo ſuo concepit? quod ſi obligatio & actio eſt perfecti effectus contractus: qui poteſt ex nullo atque imperfecto contractu, qualis eſt in cujus ingreſſu notatur dolus malus, obligatio & actio naſci? Sed videamus, ne ea difficultas nihil efficiat. non enim abhorret ab uſu Juris, nullum atque inutilem eſſe bonæ fidei contractum, & tamen actionem producere. non poſtulo, mihi credi: ſit fides Modeſtino. is in *l. 62. §. 1. D. de contrahenda emptione*, *Qui* inquit, *neſciens loca ſacra vel religioſa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adverſus venditorem experietur, ut conſequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur.* At enim ratio non ſinit, eſſe effectum ſine cauſa ex qua naſcatur. Non hoc præterit Modeſtinum, neque alios Veteres Juriſconſultos. contra illi, quia intelligunt, non valere bonæ fidei contractum, in quo ab initio ſit dolus malus, facile concedunt, eum non contineri actione quæ ſolet dari, perfecto & valido contractu: utique invito eo qui deceptus ſit: ut ſupra dixi. ſed nihilominus, ſi ejus interſit agere ob dolum malum, quod ſuadet bona fides, rem perinde accipiunt, ac ſi valeat contractus *l. 4. D. de contrahenda emptione.* ita nec cauſam habent, ne patiantur, emptorem, verbi gratia, aut venditorem, aut creditorem, ad emendandum ex bona fide dolum malum agere utiliter ex empto, aut vendito, aut contraria pigneratitia actione. Sic Africanus *l. 30. §. 1. D. de actionibus empti & venditi:* &, niſi fallor, dicit, *utiliter ex empto agi*, pro utili ex empto actione agi: qua loquendi forma & Juſtinianus utitur *l. ult. C. de hereditate vel actione vendita.* Sed quid opus diſputatione? clare illa actio qua de agimus, actio *utilis* vocatur ab Ulpiano *l. 9. §. ult. & l. 11. D. de minoribus.*

Amplius a Modeſtino *l. 22. D. de pignoribus & hypothecis.* verba Modeſtini, quia continent elegantem definitionem, minime tamen perſpicuam, appoſui, ut explicem. ea verba ſunt.

Si Titio qui rem meam ignorante me creditori ſuo pignori obligaverit, heres extitero, ex poſtfacto pignus directo non convaleſcit, ſed utilis pigneratitia dabitur creditori.

Hanc ſolam ſpeciem ex Modeſtino repræſentant Juris Architecti. ſed mihi perſuadet loci Inſcriptio, quæ Inſcriptio eſt, *Modeſtinus lib.* VII. *Differentiarum*, Modeſtinum præterea tractaſſe aliam, ex qua hæc præſens profluxit: & utriuſque differentiam prope eo executum modo quo a Paulo factum eſt in *l. 41. D. de pigneratitia actione:* niſi quod longius, quam Paulus perrexit. utile igitur erit, utramque examinare ſpeciem: initio facto ab hac quam ex Modeſtino non deſcripſere Juris Architecti. Ea ſpecies eſt. Titius creditori ſuo pignori obligavit rem alienam, quam pignori obligare non poterat. is Titius factus eſt ejus rei dominus: ſive quod domini heres fuit: ſive quod eam rem a domino accepit ex cauſa emptionis, aut ſimili alia. Hæc ſpecies. ex hac quæritur: an rei alienæ pignus ex eo convaleſcat, quod Titius factus eſt pignoris dominus? Duplex inſpectio eſt: una de Edicti verbis: altera de ejus ſeotentia. Quod ad priorem attinet quæ circa verba conſumitur: ſic reſcribunt Impp. Diocletianus & Maximianus *l. 5. C. Si aliena res pignori data ſit. Cum res quæ necdum in bonis debitoris eſt, pignori data ab eo, poſtea in bonis ejus eſſe incipiat: ordinariam quidem actionem ſuper pignore non competere, manifeſtum eſt.* Imperatores vocaot *ordinariam* actionem quæ venit ex verbis Edicti quo ea actio propoſita eſt: etſi ad exemplum veræ & directæ Servianæ. negant autem, eam actionem creditori in propoſita ſpecie ſuper pignore competere: quia hanc Prætor demum ei promiſit, cui res obligata ſit ab eo cujus illa in bonis erat, cum de pignore conveniretur *l. 6. C. eod. tit. l. 15. §. 1. D. de pignoribus:* quod in hac ſpecie non eſt. Sic de ordinaria actione ex Edicti verbis. Quid de utili ex ejus ſententia? porro ajunt Imperatores in *d. l. 5. Sed tamen æquitatem facere, ut facile utilis perſecutio detur.* Sic illi: non quidem ſimpliciter; ſed cum hac adjectione, *exemplo pigneratitiæ.* ea vero adjectio vult:

vult : ut ſi res aliena pignori obligata ſit a non domino cui dominium poſtea ſupervenerit : interſit, utrum ſcienti obligata ſit, an ignoranti : ac ſi ſcienti ſit obligata, ceſſet utilis Serviana actio : ſin ignoranti, ea locum habeat : ſuadente æquitate, utilem actionem creditori dari, ut Imperatores ajunt, ad exemplum pigneratitiæ actionis : in qua talem obſervari diſtinctionem, Paulus auctor eſt *l. 16. §. 1. D. de pigneratitia actione.* ait certe, aliena re pignori data, creditori adverſus debitorem ad hoc dari contrariam actionem pigneratitiam : ut pro re aliena, quam creditori pignori dedit, ei aliam ſui juris pignori tradat. nec tamen ſic indiſtincte cenſet Paulus : ſed ſi aliena res, tamquam popria, ignoranti creditori pignori data ſit. quod ſi ſcienti aliena res ſit pignori tradita : magis eſſe Paulus ait, ut ei contraria danda non ſit. optima diſtinctione. non enim patitur bona fides qua regitur pigneratitia actio, ignorantem creditorem alienæ rei pignoratione circumveniri : ſive ſcivit debitor, alienam eſſe : ſive ignoravit ; ſi modo ignoranti eam, tamquam ſuam, pignori tradidit ; nec erat ejus. juſtiſſime igitur hoc debitoris mendacium officio Judicis contraria actione ex fide bona corrigitur. quod ſi ſcivit creditor, alienam eſſe rem quæ ei pignori data ſit : aliter dicendum eſt. non enim tum debitor eum decepit adverſus bonam fidem : magis ipſe ſe decepit. ita quod eſt debitoris mendacium, quod poſſit creditor contraria actione accuſare? ſed neque convenit bonæ fidei, debitorem cogi, ut pro aliena re qua contentus creditor fuit tempore dati pignoris, aliam ſui juris ſubſtituat. igitur ut abſolvamus *d. l. 5.* ubi ajunt Diocletianus & Maximianus, æquitatem facere, ut domino facto qui alienam rem pignori obligavit, creditori facile utilis Serviana detur ad exemplum pigneratitiæ : quid reliquum eſt ; niſi, ut putemus, eos ignoranti eam dare ; ſcienti non dare : eo quod altera in ſpecie eſt cauſa, cur Edicti rigor aliqua benignitate attemperetur : in altera non eſt?

Atque huc pergit Papinianus *l. 1. D. de pignoribus & hypothecis*: cum, *In ſpeciem*, inquit, *alienæ rei collata conveutione, ſi non fuit ei qui pignus dabat debita, poſtea debitori dominio quæſito, difficilius creditori qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur ; ſed facilior erit poſſideuti retentio.* Senſus Papiniani eſt, Si aliena res ab eo cui debita non ſit, ſpecialiter obligetur, & dominium ei ſuperveniat : intereſſe, utrum ignoranti creditori obligata ſit, an ſcienti : priore enim caſu creditori utilem Servianam actionem dari : poſteriore non dari ; licet poſſidenti, ſi a debitore conveniatur, retentio per exceptionem doli mali deneganda non ſit. At enim non negat Papinianus, utilem actionem ſcienti dari. ait, ſcienti difficilius dari. id vero ſignificat, ſcienti æque dari atque ignoranti : huic tamen facilius, illi difficilius. Sed apage cavillationem invenuſtam atque inconditam. an quis fando audivit, licere Prætori, cum in jure poſtulatur, facilem eſſe aut difficilem? nugæ. quod legibus aut moribus conceditur, petenti ſine mora, quod prohibetur, numquam, ne inſtanter quidem & ſæpius roganti, indulgere eum oportet. abſit igitur, ut ſapienti ac principi Juriſconſulto affingamus ſententiam, a ratione & jure tam longe remotam. melius eum, cum ait, ſcienti difficilius dari utilem actionem, ſic accipiemus, ac ſi dicat, eam ſcienti non dari : modeſto & decoro loquendi genere. quo & Ulpianum apparet uti in his verbis *l. 38. §. 4. D. de Ædilitio Edicto, Jumentorum appellatione an omne pecus contineatur, videamus?* & difficile eſt, *ut contineatur. nam aliud ſignificant jumenta, aliud ſignificatur pecoris appellatione.* Ulpianus ait, *difficile eſſe*, ut contineatur, quod negat contineri. Simili verecundia in *l. 23. D. Pro ſocio, Puto*, inquit, *omnimodo eum teneri ejus nomine quem ipſe ſolus admiſit : quia* difficile eſt *negare, culpa ipſius admiſſum.* Ulpianus ait, *difficile eſſe* negare, quod non vult negari. Pari modeſtia Impp. Diocletianus & Maximianus *l. 6. C. de actionibus empti & venditi* ſcribunt. *Venditi actio, ſi non ab initio aliud convenit*, non facile *ad reſcindendam perfectam venditionem, ſed ad pretium exigendum competit.* Diocletiano & Maximiano *Non facile competit* eſt, non competit : ut apparet ex *l. 12. C. de rei vindicatione.* Poſſem plura adferre ejus locutionis exempla : niſi illa ſufficerent. nec tamen mihi permitto ; ne adjiciam Papinianum de cujus ſententia laboramus. igitur Papinianus *l. 8. D. de collatioue bonorum* eodem prorſus pudore, *Benignior*, inquit, *eſt diverſa ſententia : maxime cum de bonis parentis inter fratres diſputetur. quem tamen facilius admittendum exiſtimo, ſi intra tempus delatæ poſſeſſionis cautionem offerat. nam poſt annum quam delata eſſet bonorum poſſeſſio, voluntariam moram cautionis admittere, difficilius eſt.* Habemus Papiniani ſenſum.

Nec reſiſtit Paulus *l. 41. D. de pigneratitia actione*, verbis ſequentibus. *Rem alienam pignori dediſti ; deinde domiuus rei ejus eſſe cœpiſti : datur utilis actio pigneratitia creditori. Non eſt idem dicendum, ſi ego Titio, qui rem meam obligaverat ſine mea voluntate, heres extitero : hoc enim modo pignoris perſecutio concedenda nou eſt creditori. neque utique ſufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem, eumdem eſſe dominum qui etiam pecuniam debet. Sed ſi conveuiſſet de pignore, ut ex ſuo mendacio arguatur, improbe reſiſtit, quo minus utilis actio moveatur.* Tractatur a Paulo duplex caſus, uterque ordine explicandus. ante omnia autem obſervandum, quam Paulus vocat utilem pigneratitiam actionem, eſſe utilem hypothecariam. aliter ac viſum Juris noſtri Architectis : qui lapſi errore pigneratitiæ actionis, eum Pauli locum ſub Titulo, *De pigneratitia actione*,

in quo de pigneratitia in perſonam agitur, collocarunt: cum debuiſſent eum ponere ſub Titulo, *De pignoribus & hypothecis:* in quo (quod Juſtinianus refert *l. omnem* §. 4. *De conceptione Digeſtorum*) explicatur hypothecaria formula: quæ in rem eſt, ac pignoris perſecutionem continet *l.* 17. *D. de pignoribus:* plenius pigneratitia in rem *l.* 7. §. 12. *D. Communi dividundo*, aut pigneratitia Serviana *l.* 3. §. 3. *D. Ad exhibendum* appellatur. Hanc ſane a Paulo deſignari *d. l.* 41. quis verius ipſo probet Paulo? atqui is ea in lege ſe illam intelligere utilem pigneratitiam quæ ad pignoris perſecutionem ſpectet, manifeſte ſcribit. Hoc primum monendum fuit. Porro ſubjiciam, quod Paulus, cum ait, *Rem alienam pignori dediſti; deinde dominus rei ejus eſſe cœpiſti: datur utilis actio creditori:* non hac mente eſſe exiſtimandus eſt, quaſi indefinita illa loquendi forma velit, quod primo adſpectu videtur, hanc actionem creditori dari ſimpliciter ac ſemper: ſed quaſi ſcribat, eam creditori aliquando dari, aliquando non dari: proinde dari, ſed non ſemper. Sunt tales indefinitæ locutiones frequentes apud Veteres, & ſæpe moleſtæ, non dicam vulgo, ſed Interpretibus eruditiſſimis, ideoque temperate & prudenter accipiendæ. De his ita præclare Apulejus *lib.* 3. *De Philoſophia. Univerſales ſunt; ut omne ſpirans vivit: aliæ particulares; ut quædam animalia non ſpirant: aliæ indefinitæ; ut animal ſpirat. non enim definit, utrum omne, an aliquod. ſed tamen pro particulari ſemper valet: quia tutius eſt id ex incerto accipere, quod minus eſt.* Secundum hoc in præſenti *datur*, apud Paulum eſt, dari poteſt. quo modo Ulpianus *l.* 13. §. *ult. D. de his qui notantur infamia*, *Crimen*, inquit, *ſtellionatus infamiam* irrogat damnato, *quamvis publicum non eſt judicium.* nec tamen indicat, quod ſtellionatus infamiam damnato ſemper irrogat: (id enim non ita eſſe, idem Ulpianus ait *l.* 2. *D. de ſtellionatu*) ſed hoc vult, quod ſtellionatus eo quod non eſt publicum judicium, non impeditur, quo minus aliquando poſſit damnato infamiam irrogare: ſive, quod ſtellionatus, etſi non ſit publicum judicium ex quo infamia damnatum ſemper ſequitur, tamen poteſt damnato infamiam irrogare. Simili igitur modo Paulus *d. l.* 41. cum, *Rem*, inquit, *alienam pignori dediſti, deinde dominus rei ejus eſſe cœpiſti: datur utilis actio creditori:* non ſignificat, eam actionem creditori dari ſemper atque indiſtincte: ſed poſſe dari aliquando: ut, ſi is ſit exitus conventionis de pignore, ut aliena res improbe ſit creditori obligata per mendacium. quod demum fit: ſi cum ignorante creditore de pignore ſit conventum a non domino, qui deinde dominus factus, ideo non patiatur, a creditore moveri utilem hypothecariam actionem: quia negat, pignus, cum de eo conveniret, ſuis in bonis fuiſſe. apparet enim, eum, cum de pignore conveniret, ignoranti rem alienam pro ſua obligaſſe; nunc vero mendacii argui a creditore. ita non patitur ratio, ut ea improbitas, etſi Edicti verbis non coërceatur, tamen ejus mente adjuvetur.

Expoſui priorem Pauli ſpeciem, quam ex Modeſtino in *d. l.* 22. *D. de pignoribus* non poſuere Juris noſtri Architecti. venio ad alteram, quam ex eo deſcripſere illa in lege. Ea ſpecies eſt. Titius rem meam, me ignorante, creditori ſuo pignori obligavit. deinde moritur Titius: me relicto herede. Quæritur, an hoc modo pignoris perſecutio quæ (ut dixi) eſt utilis pigneratitia in rem actio, concedenda ſit creditori? quæſtio hinc pendet, an pignus quod ab initio non valuit, quia alienæ rei erat, exinde ex quo ego cujus in bonis eſt, Titio heres factus ſum, directo, id eſt, ſine novo facto, ſive ſine nova conventione, ipſo denique jure, convaleſcat? ſic enim apud Modeſtinum ſonat id verbum, *directo*; ut in *l.* 12. §. 11. *D. Mandati.* §. 2. *Inſt. de codicillis*, & §. 2. *Inſt. de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis.* Negat autem Modeſtinus, hoc pignus directo, id eſt, ut dixi, ſua ſponte, ſine nova conventione, ipſo jure, convaleſcere. recte igitur Paulus in *d. l.* 41. *Hoc*, inquit, *modo pignoris perſecutio concedenda non eſt creditori.* quam ob cauſam? quia ego qui ſum pignoris dominus, de pignore non conveni: Titius autem qui de pignore convenit, ejus dominus non fuit. Atqui ego, poſtquam debitori Titio qui de pignore convenit, heres factus ſum, eum repræſento: nec minus pignoris dominus ſum, quam debitor: pariter ut in priore ſpecie. Intereſt tamen, quod in priore illa ipſe dominus de pignore convenit: in hac poſteriore non ipſe de eo convenit; ſed debitori qui convenit, ſucceſſit: & quod animadvertit Paulus *d. l.* 41, non ſufficit ad competendam utilem pigneratitiam ſive utilem hypothecariam actionem, eumdem & pecuniæ debitorem, & pignoris dominum eſſe: at neceſſe eſt, ut qui de pignore cum ignorante creditore convenerit, is deinde ejus dominus effectus ſit. Ingenioſe Paulus & docte! non enim debitum, neque dominium, eſt cauſa utilis hypothecariæ actionis: ſed conventio cum creditore de pignore facta ab eo qui nunc ejus dominus eſt, licet ab initio non fuerit. putat nimirum Paulus *d. l.* 41, utilem Servianam actionem pertinere ad curam æquitatis: quo caſu fit, ut mendacii arguatur ipſe qui rem alienam quaſi propriam ignoranti obligavit; & dominus factus, improbe reſiſtit, quo minus ex ſua conventione utili ea actione teneatur. hoc in priore evenire ſpecie: at nil tale fieri in poſteriore in qua ego extitero heres Titio qui rem meam ſine mea voluntate creditori ſuo obligaverit. ut enim hic debitor ſim & pignoris dominus, pariter ut in priore ſpecie: quod tamen debeo, non meo debeo nomine, ſed Titii cujus heres ſum. rei autem pignoratæ

non

non Titii ſucceſſione, verum meo jnre, dominus ſum. accedit, quod non ego qui poteram de re mea paciſci, pactus ſum, ut ea creditori pignori eſſet: ſed Titius cui non erat jus de re mea paciſci. quare ſi ſummam ſubducimus: non potuit creditori in propoſito utilis hypothecaria actio dari, vivo Titio: quia Titius, quamquam cum eo de rei meæ pignore convenit, numquam ejus dominus fuit. nec magis poteſt creditori ea actio dari poſt Titii mortem: quia etſi Titio ſucceſſerim ego qui ſum pignoris dominus: quæ tamen mea cum creditore intervenit de pignore conventio? nulla. proinde ſi poſt Titii mortem creditor agat ac vindicet, ſuum eſſe pignus, quod ei ignoranti a Titio cujus heres ſum, obligatum ſit: optimo jure ei occurram exceptione, Extra quam ſi ea res in bonis Titii numquam fuit. ac ſi replicet, eſſe ſe ignorantem Titii mendacio circumventum; in eoque me qui Titii heres ſum, adjuvari adverſus ſe jure judicioque, ipſam fidem atque æquitatem prohibere: negabo, eſſe cauſam improbitatis accuſandi me: qui de rei meæ pignore cum eo numquam conveni; ſed neque Titio, ut id faceret, umquam auctor fui. quod ſi eſt: apparet, quamdiu vixit Titius, ex ejus conventione non fuiſſe rei meæ pignus; neque tum obtinuiſſe utilem hypothecariam actionem: poſtquam autem mortuus eſt Titius, egoque ei heres ſucceſſi, neque cœpiſſe valere pignus, neque inde adverſus me eſſe natam hypothecariam actionem: quia ratio non ſinit, heredem ex perſona defuncti quem repræſentat, alio uti jure quam apud defunctum fuit. Sic Modeſtinus *in d. l.* 22. ac convenienter his quæ diſſeruit Paulus *in d. l.* 41. Niſi differentia eſt, quod Paulus ſubſtitit ad hunc quem dixi, finem: Modeſtinus non ſubſtitit. non enim contentus fuit, dixiſſe *in d. l.* 22. *Si Titio qui rem meam ignorante me creditori ſuo pignori obligaverit, heres extitero, ex poſtfacto pignus directo quidem non convaleſcit.* præterea adjecit, *Sed utilis pigneratitia dabitur creditori.* ea porro utilis pigneratitia Modeſtino non eſt utilis hypothecaria, ſeu utilis pigneratitia Serviana actio quæ rem perſequitur: (quo ſenſu *in d. l.* 41. accipi eam monui) ſed eſt contraria pigneratitia in perſonam: & ideo ſic exaudienda eſt hæc Modeſtini clauſula, *Sed utilis pigneratitia contraria dabitur creditori*: quaſi ſignificet, contrariam pigneratitiam creditori adverſus heredem dari. ad quid? ut pignus cujus dominus eſt, & quod a Titio male conſtitutum eſt, nova conventione confirmet. nempe, etſi alienæ rei pignus directo, id eſt, ut dixi, ipſo jure, ſua ſponte, ſine novo facto, novaque conventione, non convaleſcat eo, quod pignoris dominus debitori qui id pignus conſtituit, heres ſit; ſic ut creditori utilis hypothecaria actio in rem competat: debitor tamen, quia commercium fuit inter eum & creditorem, ſi alienam rem pignori det, creditori ſua conventione obligatur contrario pigneratitio judicio *l. 9. D. de pigneratitia actione*: & viciſſim adverſus creditorem, ſoluta pecunia, poteſt directa pigneratitia actione experiri *l. 9. §. 3. D. eod. tit.* proinde ſi non ad pigneratitiam Servianam quæ in rem eſt, ſed ad pigneratitiam in perſonam, reſpicimus; quid impedimento eſt? quo minus res aliena recte pignori dari videatur? ſicut aliena res dicitur diſtrahi poſſe *l. 28. D. de contrahenda emptione*: non quod aliena res, facta a non domino venditione, alienari videtur: ſed quod commercium eſt inter emptorem & venditorem; & hic perfecta rei alienæ venditione, ſi eam non tradat, emptori tenetur actione ex empto ad id quod ejus interſit, eam ſibi traditam eſſe. Atque hanc ego eſſe Gaji ſententiam conjicio; licet aliter ab eruditis Interpretibus accipiatur: cum *in l. 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis* emptionem venditionemque cum pigneratione comparans, *Quod*, inquit, *emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere poteſt.* Et ideo mihi ſumo: ut putem, id Gaji Fragmentum non ad actionem quaſi Servianam quæ ex jure in re proficiſcitur, atque in rem eſt, & adverſus qualemcumque poſſeſſorem datur, pertinere: ſed ad actionem pigneratitiam; quæ ſubnixa eſt jure obligationis inter debitorem & creditorem contractæ; nec adverſus qualemcumque pignoris poſſeſſorem datur; ſed tantum inter debitorem & creditorem, qui rem pignori dedit accepitve, competit. Poſtremo opinor, inſignem eſſe errorem Architectorum Juris qui hoc Gaji Fragmentum ſub Titulo, *De pignoribus & hypothecis*, collocavere: cum non ſub eo Titulo ſub quo falſa ejus definitio eſt, ſed ſub Titulo, *De pigneratitia actione*, ſub quo veriſſima eſt, poni deberet. Id docuit me ipſius Inſcriptio loci, quæ Inſcriptio habet, *Gajus lib. 9. Ad Edictum Provinciale*: in quo eum actionem pigneratitiam, quæ in perſonam eſt, explicuiſſe, ex *l. 10. & l. 12. D. de pigneratitia actione* manifeſtum eſt. Sed hoc non ita pridem oſtendi *lib. 1. Obſerv. c. 7.* Igitur redeo ad Modeſtinum: apparet enim, debitorem, ſi ignoranti creditori alienam rem pignori dedit, ei contraria pigneratitia teneri: ac ſi moriatur; nihil cauſæ eſſe, quo minus ejus heres, qui eum repræſentat, ejuſque factum præſtare debet, ſimiliter contraria pigneratitia actione teneatur. Cæterum eſt illa contraria actio (quod obſervat Modeſtinus *d. l.* 22.) utilis pigneratitia. nam ad ſubtilitatem attendentibus, non poteſt valere bonæ fidei contractus, qualis eſt pigneratitius, in quo dolus malus, alienæ rei oppigneratione ignoranti facta, admiſſus eſt. Quamquam quia interfuit creditoris, ſe non decipi, res perinde accipitur bonæ fidei interpretatione, ac ſi valeret cuntractus; placetque, ad expungen-

dum

dum dolum malum non meram, (ſed quod Modeſtinus indicat *d. l.* 22.) utilem contrariam pigneratitiam actionem creditori dari adverſus debitorem, ejuſque heredem.

CAPUT XIII.

Impp. Diocletianus & Maximianus expliciti l. 4. C. de obligationibus & actionibus. fugitivam Jacobo Cujacio videri l. 1. C. de dolo malo; in eaque actionem de dolo *dici quæ eſt* actio mandati. *Dolum malum, ſi in bonæ fidei contractu ſit admiſſus non ab eo cum quo contractum eſt, ſed a tertio, non vindicari actione bonæ fidei, ſed actione de dolo. Ulpianus expoſitus l. 2. D. de proxeneticis, & l. 18. §. 3. D. de dolo malo.*

Sed ut ex diverticulo revertar in viam a qua me longius, quam putavi, abduxerat rei curioſæ, nec ſatis obſervatæ contemplatio: tandem liquet, Imperatores, Diocletianum & Maximianum, cuidam Licinio ita optime reſcripſiſſe *l. 4. C. de obligationibus & actionibus.*

Bonam fidem in contractibus conſiderari, æquum eſt.

Eſt vero ejus Reſcripti ſenſus, *Æquum videri*, bonam fidem in omnibus contractibus ſine diſcrimine adhiberi: quamquam in bonæ fidei contractibus Jure Civili; in ſtricti juris contractibus jure Prætorio: quapropter bonæ fidei contractum in quo ab initio non bona fides, ſed dolus malus reperiatur, Judicis officio ipſo Civili Jure infirmari: ſtricti vero juris contractum in quo liqueat dolus malus, valere quidem ipſo Civili Jure, ſed Jure Prætorio doli actione vel exceptione reſcindi.

Imo, inquies, & in bonæ fidei contractu dicitur fidei ruptæ gratia de dolo actio exerceri *l. 1. C. de dolo malo*, verbis ſequentibus. *Si fidejuſſor a creditore pignora emerit: oblata quantitate ſortis & uſurarum, tibi dominium cum fructibus quos bona fide percepit, conſultius reſtituet, ne fidei ruptæ gratia de dolo poſſit actio exerceri.* Sed (quod erudite obſervat V. Cl. Jacobus Cujacius, *lib. 3. Obſerv. c.* 37.) fugitiva hæc lex eſt; magiſque pertinet ad Titulum Codicis, *Mandati vel contra*, quam ad Titulum, *De dolo malo*, ſub quo poſita eſt ab Architectis Juris. ita *de dolo* actio ea in lege eſt *mandati* actio: monſtrante collatione *l. 2. D. de pignoribus & hypothecis*, & *l. 59. §. 1. D. Mandati vel contra:* ea vero perinde dicitur actio *de dolo*, ut actio *de fide mala* apud Ciceronem *lib. 3. De natura Deorum c.* 30. quia ſicut doli exceptio, ſic de dolo actio, ineſt bonæ fidei judiciis: uſque adeo, ut ea neque exceptione, neque actione, doli mali indigeant *l. 7. §. 3. & l. 9. D. de dolo malo.* Atque hinc quoque lumen ſine dubio accipit Ambroſius, *De Officiis lib. 2. c.* 10. verbis ſequentibus. *Non ſolum itaque in contractibus (in quibus etiam vitia eorum quæ veneunt, prodi jubentur, ac niſi intimaverit venditor, quamvis in jus emptoris tranſcripſerit, doli actione vacuantur) ſed etiam generaliter in omnibus dolus abeſſe debet: aperienda ſimplicitas, intimanda veritas eſt.* Sic Ambroſius. nec opus interpretatione: cum præcedentia ſufficiant.

Eſt tamen, ubi dolus malus deprehenſus in ingreſſu negotii bonæ fidei, non actione bonæ fidei, ſed actione de dolo emendetur. fac, duos contrahere: alterum circumſcribi non ab altero, ſed opera aut conſilio tertii cum quo non contrahat. excedit dolus fines actionis bonæ fidei. nam qui contraxit, non admiſit dolum. & qui admiſit, non contraxit. ita quis uſus actionis bonæ fidei? nullus. ac ſi alia non ſit actio qua res ei ad quem ea res pertinet, ſalva eſſe poſſit: neceſſitate fit, ut ad actionem de dolo deveniatur. Talis ſpecies creditur exſtare apud Ulpianum *l. 2. D. de proxeneticis:* ſed errore, opinor; ſi ejus verba conſideremus. non enim in his incurrit dolus malus in bonæ fidei contractum, ſed in mutuum: id eſt, in contractum ſtricti juris. verba Ulpiani. *Si proxeneta intervenit faciendi nominis, ut multi ſolent: videamus, an poſſit, quaſi mandator teneri? & non puto teneri: quia hic monſtrat magis nomen, quam mandat: tametſi laudet nomen. Idem dico, & ſi aliquid philantropiæ nomine acceperit, nec ex locato conducto erit actio. Plane ſi dolo & calliditate creditorem circumvenerit, de dolo actione tenebitur.* Ulpianus ſignificat, cum Titius mutua egeret pecunia, interveniſſe proxenetam, ſive pararium, faciendi nominis: id eſt, (ut Antonius Auguſtinus obſervat *lib. 2. Emendat. c. 1. pag. 99. & ſeq.*) faciendi nominis cauſa. Et addit Ulpianus; multos ſic ſolere. quo modo? meminit Seneca, *epiſt.* 119. *Opus*, inquiens, *erit tibi creditore, ut negotiari poſſis. æs alienum facias oportet: ſed nolo per interceſſorem mutueris: nolo proxenetæ nomen tuum jactent, paratum tibi creditorem dabo.* Igitur proxeneta procuraturus Titio mutuam quam quærebat pecuniam, ut eam a creditore impetraret, Titium eſſe idoneum affirmavit. ita credita pecunia. apparet, malum eſſe nomen quod proxeneta dixit bonum. an creditori adverſus proxenetam competit mandati actio? negat Ulpianus. qua cauſa? quia, inquit, proxeneta magis monſtrat nomen, quam mandat; tametſi laudet nomen: id eſt, proxeneta non jubet, creditorem pecuniam credere ſuo periculo: (hoc enim eſt mandare) tantum ei monſtrat debitorem, paratum

ac-

Digitized by Google

accipere creditam pecuniam. addit laudem ejus: dum dicit, eſſe a quo pecunia recipi poſſit non modo ſine periculo, ſed etiam ſine moleſtia: eaque re creditorem inducit ad contrahendum. ſit igitur conſilium proxenetæ: ſed mandatum non eſt. Sic, ſi proxeneta nihil accepit philantropiæ nomine: id eſt, remunerandæ humanitatis cauſa. nam philantropia (ut oſtendi *lib.* 1. *Probabilium c.* 7.) eſt humanitas, ſive benevolentia, adverſus omnes homines promiſcua. Sed quid, ſi tali quid acceperit nomine? nil mutat Ulpianus: nec male. nam ſi non eſt mandatum, deficiente honorario: quomodo poteſt, eo interveniente, mandatum fieri? habetur enim proxenetæ honos ob remunerandam ejus humanitatem: ſed non ut res ſit ejus periculo: nec igitur, ut ſit argumentum contracti mandati. Aliquis opinetur, poſſe proxenetam a creditore conveniri actione locati aut conducti. Sed & hoc negat Ulpianus *d. l.* 2. puto, quod non videntur Veteres exiſtimaſſe, cum tali perſona eſſe locationem & conductionem: ſed magis operam beneficii loco præberi; & quod ei datur, non tamquam mercedem, ſed tamquam remunerationem dari. Ait tamen Ulpianus *d. l.* 2. proxenetam, ſi creditorem circumvenerit dolo & calliditate, magna præſertim atque evidente, (ut bene in *l.* 7. *§. ult. & l.* 8. *D. de dolo malo*) de dolo actione teneri: idcirco quod conſilii non fraudulenti nulla obligatio eſt: cæterum, ſi dolus & calliditas interceſſit, de dolo actio competit *l.* 47. *D. de regulis juris.* vere; ſed nihil ad propoſitam diſputationem: in qua quæritur contractus bonæ fidei in quo admiſſus ab alio, quam cum quo contractum eſt, dolus malus non actione bonæ fidei, ſed actione de dolo corrigatur. eſt vero in *d. l.* 2. factum proxenetæ dolo & calliditate; ut fieret mutuum, id eſt, ſtricti juris contractus. non igitur ſervit hic Ulpiani locus fini cui eum ſervire volunt docti viri.

Melius adfertur pro hac ſententia Ulpianus *l.* 18. *§.* 3. *& l.* 7. *D. de dolo malo.* utrumque examinabo locum. uterque enim noſtram deſiderat operam: prior aliquam, poſterior diligentiſſimam. verba *d. l.* 18. *§.* 3. hæc ſunt. *De eo qui ſciens commodaſſet pondera, ut venditor emptori merces appenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. Atquin ſi majora pondera commodavit, id quod amplius mercis datum eſt, repeti condictione poteſt: ſi minora, ut reliqua merx detur, ex empto agi poteſt: niſi ſi ea conditione merx venit, ut illis ponderibus traderetur: cum ille decipiendi cauſa adfirmaſſet, ſe æqua pondera habere.* Venditæ fuere merces. eæ merces pondere conſiſtebant. eas emptori appendere venditorem oportebat. deërant pondera. Titius ſua commodavit: ſciens, falſa eſſe. qua actione corrigitur Titii dolus? ait Ulpianus, Trebatium de dolo actionem dediſſe: quaſi non ſuppeteret alia. ſed Trebatio litem facit Ulpianus: ait enim, ſi majora ſint pondera, quam ea oportet eſſe; tum id quod amplius mercis datum ſit, a venditore repeti poſſe condictione. ego addam, etiam ex vendito actione: ſic enim videtur ex *l.* 3. *§.* 3. *D. Si menſor falſum modum dixerit:* nec inſolens eſt, condictiones concurrere cum aliis actionibus *l.* 5. *D. de exceptione rei judicatæ. l.* 52. *D. Mandati vel contra. l.* 28. *§.* 4. *D. de jurejurando.* non igitur, ut Trebatio placebat, neceſſaria venditori eſt de dolo actio: ſi majora commodata ſint pondera. at ſi minora ſint commodata: jam ait Ulpianus, poſſe ab emptore agi ex empto, ut a venditore tradatur merx reliqua. apparet igitur, hac quoque in ſpecie ſupervacuam eſſe de dolo actionem: quia & in ea res ei ad quem ea res pertinet, aliter ſalva eſſe poteſt, quam actione de dolo. Si tamen merx illa venit conditione, ut his ponderibus traderetur; cum Titius decipiendi cauſa affirmaſſet, ſe æqua habere pondera: non reſiſtit Ulpianus, quo minus jam, quia alia actio non eſt, inter eos qui contraxerunt bona fide, adverſus Titium de dolo actio dari poſſit. Tantum de *d. l.* 18. *§.* 3.

Caput XIV.

Ulpianus l. 7. D. de dolo malo ab ingenio emendatus.

Succedit *l.* 7. *D. de dolo malo*, ipſa vel ideo noſtra dignior induſtria, quod in ea eſt caput ac fons ex quo profluit illecebra diſtinctionis doli mali, dantis cauſam contractui bonæ fidei, & in talem contractum incidentis: quæ diſtinctio, ut ſupra dixi, tam oneri eſt Juriſprudentiæ, quam excellentibus ingeniis uſque adhuc per plura ſecula illuſit. Verba Ulpiani *d. l.* 7. Florentiæ ſic exhibet Franciſcus Taurellius.

Et eleganter Pomponius hæc verba Si alia actio non ſit *ſic excipit* *, *quaſi res alio modo ei ad quem ea res pertinet, ſalva eſſe non poterit.* † *Nec videtur huic ſententiæ adverſari, quod Julianus libro quarto ſcribit, ſi minor annis viginti quinque conſilio ſervi circumſcriptus eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumiſit, dandam in manumiſſum de dolo actionem:* ** *hoc enim ſic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non poſſit:* * *aut* * *nullam eſſe venditionem ſi in hoc ipſo ut venderet*

* Haloander legit, *excepis.* † Haloander, *poſſit.* ** apud Haloandrum eſt. *ſive enim accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non poſſit: ſive nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo ut venderet, circumſcriptus eſt: quod & proponitur, non inducitur in integrum reſtitutio. nam*, &c.

circumſcriptus eſt. & quod minor proponitur, non inducit in integrum reſtitutionem: nam adverſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio poteſt locum habere.

Ita Florentiæ editur: poſita particula, *aut*, inter duas ſtellas. ſed eam particulam vetus tuetur liber manu ſcriptus: quem Vir Ampliſſimus, Cornelius van Bynckershoek, in Suprema Hollandiæ, Zelandiæ, & Friſiæ, Curia Senator, non magis præſtante dignitate, quam gloria literarum Clariſſimus, pro ſua humanitate mecum communicavit: additis rarioribus aliquot Pandectarum editionibus, Hugonis a Porta, Blaublommii, Vintimillii, Roberti Stephani, & Petri ab Area Baudoza: quæ omnes manuſcripto illi libro hac in parte aſſentiuntur. Sed nec Græci aliter *Baſilic. lib.* 10. *tit.* 3. *pag.* 599. *tom.* 1. quando Ulpianum *d. l.* ſic transferunt, Fabroto interprete. *Si minor conſilio ſervi ſui circumſcriptus, eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumiſit, manumiſſus tenetur actione de dolo: niſi emptor compos & particeps doli ſit: nam ſi dolo non careat, tenetur actione ex empto: aut irrita eſt venditio, ſi in hoc ipſo ut venderet, dolus adhibitus ſit. quamvis autem minor ſit qui vendidit, non reſtituitur. nam adverſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio datur.* Sic Græci.

Sed quid, ſi ſuſpicer, ægrum eſſe Ulpiani locum; atque ita recreandum?

Et eleganter Pomponius hæc verba, Si alia actio non ſit, *ſic excipit, quaſi res alio modo ei ad quem ea res pertinet ſalva eſſe non poterit. Nec videtur huic ſententiæ adverſari, quod Julianus libro quarto ſcribit, ſi minor annis viginti quinque conſilio ſervi circumſcriptus, eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumiſit, dandam in manumiſſum de dolo actionem: hoc enim ſic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non poſſit. & quod minor proponitur, non inducit in integrum reſtitutionem. nam adverſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio poteſt locum habere.*

Sic olim divinavi. neque me nunc piget ejus remedii. Non addam, Ulpianum *ex empto* dicere pro *ex vendito*. eſt hoc ab Accurſio annotatum. Potius monebo, quod a nemine obſervatum eſt, verba hæc, *aut nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo ut venderet circumſcriptus eſt*, quæ verba delevi, non eſſe Ulpiani. quo indicio? probabili. turbant Ulpiani ſenſum tam manifeſtum, quam optimum. Nempe Ulpianus, exponens Edicti de dolo malo verba, *Si alia actio non erit, judicium dabo*, animadvertebat, ea a Pomponio ſic accipi, quaſi ſignificet Prætor, ſe daturum demum de dolo actionem; ſi res alio modo ei ad quem ea res pertinet, ſalva eſſe non poſſit: eamque elegantem eſſe interpretationem exiſtimabat; nec tamen omni vacuam difficultate. nam videbatur adverſari, quod Julianus libro IV ſcribit, Si minor ſervi conſilio circumſcriptus, eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumiſit: dandam in manumiſſum de dolo actionem. hoc enim quid denuntiat? niſi quod voluit Julianus, decepto venditori, etiam cum ei res aliter ſalva eſſe poteſt, de dolo actione ſuccurri. finge: emptor eſt doli particeps. tenetur venditori utili venditi actione. finge: dolo caret. quid vetat, quo minus jam venditor, idemque minor, in integrum reſtitutione favore ætatis adjuvetur? utcumque erit: datur a Juliano in manumiſſum de dolo actio, etſi res venditori aliter ſalva eſſe poſſit, quam actione de dolo: quia ei datur utilis venditi actio adverſus emptorem; cum ejus dolus arguitur: aut in integrum reſtitutio; ſi non apparet dolus ejus: & tamen a Juliano in manumiſſum de dolo actio conceditur: aliter ac Pomponius interpretatus eſt. Indicavi difficultatem, & quidem duplicem.

Dicam, quid utrique reponat Ulpianus. Prior difficultas eſt, quod ubi emptoris dolus intervenit: datur venditori in manumiſſum de dolo actio, etſi ei adverſus emptorem competat venditi actio. obtinet igitur ex Juliani ſententia de dolo actio; cum res ei ad quem ea res pertinet, alio modo ſalva eſſe poteſt, quam actione de dolo. Hæc difficultas. At ſolutio talis eſt: Julianum non ſpectare ad caſum quo emptor erat doli particeps; ſed quo erat doli purus: porro venditori adverſus emptorem de ejus dolo dari venditi actionem; cum is dolum admiſit: ſed cum dolo caret, adverſus eum non dari: non fuiſſe igitur Juliano negotium, permittere de dolo actionem; ubi res ei ad quem ea res pertinet, aliter ſalva eſſe poteſt, quam actione de dolo.

Sublata eſt ab Ulpiano prior difficultas. quæ altera? quod venditor, & minor, & ætate lapſus, etiam cum Civili Jure valet contractus, Jure Prætorio in integrum reſtitutione adjuvatur. datur igitur a Juliano in manumiſſum de dolo actio; ubi res ei ad quem ea res pertinet, aliter ſalva eſſe poteſt, quam actione de dolo. Hæc altera difficultas. At nec ea Ulpianum confundit. contra is putat, etiam ſic colligi ſine mercede: quia ſervus qui a minore venditus eſt apud Julianum, ab emptore manumiſſus eſt: adverſus manumiſſum autem nulla in integrum reſtitutio locum habet. non igitur poteſt minori, eidemque venditori, cui neque in integrum reſtitutio, neque utilis ex vendito actio competit, apud Julianum res aliter ſalva eſſe, quam actione de dolo. Hic eſt Ulpiani a me emendati, ſenſus juſtus & clarus.

Nec mihi impero; ne addam, eum ab ipſo (quo enim utar teſte magis certo?) in *l.* 9. §. *ult.* & *l.* 11. *D. de minoribus* (quæ conjungendæ ſunt: cum ſint ex eodem Ulpiani *lib.* 11. *Ad Edictum*) ſequentibus exprimi verbis.

Ad-

Adverſus libertatem quoque minori a Prætore ſubveniri impoſſibile eſt. Verum vel de dolo, vel utilis actio erit in id quod minoris interfuit, non manumitti. & reliqua.

Commode Ulpianus. nam cum ait, minori actione de dolo ſubveniri: tum placet; cum intervenit dolus, non emptoris, verbi gratia, ſed manumiſſi ſervi. at cum ſcribit, utilem fore actionem in id quod minoris interfuit, non manumitti: tum jus eſt, cum ipſius emptoris, non manumiſſi ſervi, dolus accuſatur. quod emendationi meæ egregie convenit. nec minus evincit quod demonſtrandum fuit, ſequentia *d. l. 7.* verba, *aut nullam venditionem eſſe, ſi in hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus eſt*, eſſe indocti Interpretis; ac fœdare formam diſputationis alioquin elegantis.

Habuit interim ille, quiſquis fuit, qui ea verba primum ad marginem adjecit, hanc, opinor, cauſam ea adſcribendi: quod videbat, venditori adverſus emptorem, probato ejus dolo, ex vendito actionem competere ad id quod ſua interſit, ſe non decipi: præterea videbat, dolum malum, in contrahendo admiſſum ab emptore, contractum ipſo jure diſſolvere: at utrumque actionis venditi eſſe, non videbat.

Nimis inepte! quamquam æque, aut magis, hic qui ea verba deinde ex margine in qua appoſita erant pro annotatione, in ipſius operis contextum tranſtulit: & cum ſcripſiſſet Ulpianus, *Hoc enim ſic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non poſſit*: his ejus verbis marginalem hanc admiſcuit adjectionem, *aut nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo ut venderet circumſcriptus eſt.* quid enim ea adjectio (niſi quem ſubit libido cavillandi, indigna bono & gravi viro) adfert ad clarum Ulpiani ſermonem, præter tenebras, atque inexplicabiles? Nam ſi emptorem abſolvit a dolo ſervi: qui poteſt nulla atque irrita videri venditio adverſus eum qui nulla ejus doli ſocietate tenetur? ſin putat, eum affinem eſſe ſervi dolo: cur ait, *Si in hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus eſt*: non, *Si ab hoc ipſo ut venderet circumſcriptus eſt?* illud enim nihil, hoc quod agitur, ſignificat. ſi tamen demus, velle hanc adjectionem non magis emptorem carere dolo, quam ſervum; & ideo decurri oportere ad actionem de dolo, quaſi nulla venditi actione, ubi nulla venditio eſt: quidquamne cauſæ dixeris, cur jam de dolo actio minus competat adverſus emptorem, (quod intendit Julianus) quam adverſus manumiſſum ſervum? cum utique utriuſque arguatur dolus malus: atque inſuper ſit cum emptore contractum; cum ſervo non ſit? age vero, qui ſileam, quod cum a Veteribus nulla eſſe dicitur venditio ob emptoris dolum: eſt inſignis error exiſtimantium, peræque nullam eſſe ejus poteſtatem adverſus venditorem qui ab emptore ſit dolo malo circumſcriptus, & adverſus emptorem qui venditorem dolo malo deceperit? non ſic eſt: neque hoc ferat communis ſenſus: Veterum certe nemo dixit. illi voluerunt, venditore in contrahendo ab emptore circumſcripto, ad expunctionem doli mali clauſulam, *Ex fide bona*, ſufficere. nam emptore agente ex empto, doli exceptionem ineſſe ex empto actioni; etſi in jure non fuerit nominatim a Prætore impetrata: venditore vero agente ex vendito, actionem de dolo actione ex vendito contineri: denique ſupervacuam venditori utraque in ſpecie eſſe de dolo actionem; cum ei res aliter ſalva eſſe poſſit, quam actione de dolo. Sed hæc ſicut in anteceſſum demonſtravi: ita habeo cauſam exiſtimandi, ſequentia verba, *aut nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo ut venderet circumſcriptus eſt*, non eſſe Ulpiani, ſed hominis indocti, optimum Ulpiani ſenſum abſurda adjectione contaminantis: idque non intellectum ab illuſtribus ingeniis, hactenus fraudi ſuiſſe & ipſis & aliis: exiſtimantibus, dolum malum, ſi cauſam dederit contractui bonæ fidei, eum ipſo jure evertere: ſin inciderit in eum, magis actione bonæ fidei, aut exceptione doli mali purgari. Reſpondi principi ac difficili loco.

Caput XV.

Cum apud Veteres contractus dicitur reſolvi, reſcindi, in integrum reſtitui, *aut* irritus, *aut* nullus, *aut* nullius momenti, eſſe; *minus plenum videri ſermonem: niſi addatur, quo jure is ſit nullus irritus, aut nullius, momenti: item quo jure ejus reſciſſio, vel in integrum reſtitutio fiat, Civili, an Prætorio. Impp. Diocletianus & Maximianus declarati l. 10. C. de reſcindenda venditione. an ex bonæ fidei contractu nullo atque irrito, ob admiſſum dolum qui ei det cauſam, dominium traditione transferatur? videri.*

Porro alterum illuſtrabo locum, etſi non æque aſperum atque impeditum, non indignum tamen qui attente conſideretur. is locus eſt in *l. 10. C. de reſcindenda venditione.* verba ejus hæc ſunt.

Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii æſtimatur. Quem ſi fuerit interceſſiſſe probatum: non adverſus eum in quem emptor dominium tranſtulit, rei vindicatio, ſed contra illum cum quo contraxerat, in integrum reſtitutio competit.

Primum dicitur, emptoris dolum non pretii quan-

quantitate, ſed facti qualitate; id eſt, emptoris calliditate atque inſidiis probari: idque veriſſimum eſſe, vel ex *l.* 8. *C. eod. tit.* intelligitur. Deinde additur, quod venditori decepto dolo malo, poſt traditam emptori poſſeſſionem, ab eoque in alium rurſus translatam, non rei vindicatio adverſus poſſeſſorem, ſed in integrum reſtitutio adverſus emptorem competit. Quod ſi eſt: duplice apparet argumento, bonæ fidei contractum in quem incidit dolus malus, non haberi nullum ipſo jure. prius argumentum eſt, quod is contractus ad ſui reſciſſionem eget in integrum reſtitutione: quam certum eſt numquam indulgeri adverſus contractum qui ipſo jure nullus habetur. alterum argumentum eſt, quod ex bonæ fidei contractu in quem incidit dolus malus, dominium tradi poteſt: quod non videtur fieri, nullo contractu: eo quod nuda traditio numquam transfert dominium; ſed ita, ſi venditio aut alia juſta cauſa præceſſerit, propter quam traditio ſequeretur *l.* 31. *D. de adquirendo rerum dominio.* quod autem dominium ex bonæ fidei contractu in quo reperitur dolus malus, aliquando transferri poteſt, vel inde intelligitur; quod venditori, poſtquam rem emptori tradidit, nulla ejus vindicatio competit adverſus poſſeſſorem qui eam ab emptore accepit *d. l.* 10. cum interim domino adverſus poſſeſſorem eam dari, indubitati juris ſit *l.* 9. *D. de rei vindicatione.* Eſt igitur in *d. l.* 10. duplex difficultas, utraque deinceps extricanda.

Quod ad priorem attinet: ſic cenſeo, cum contractus in integrum reſtitui, cum reſolvi, aut reſcindi, aut irritus, aut nullus, aut nullius momenti, eſſe dicitur apud Veteres, minus plenam eſſe locutionem. non enim uno modo reſcinditur, aut in integrum reſtituitur, contractus: ſed aut Jure Civili id fit, aut Jure Prætorio: & cum ſimpliciter dicitur reſcindi, reſolvi, aut in integrum reſtitui, aut nullius momenti eſſe, ut in *l.* 22. *D. Quod metus cauſa*, aut irritus eſſe, ut in *l.* 44. *D. de minoribus*, & *l.* 1. *C. de reſcindenda venditione:* adhuc quæri poteſt, quo jure ea reſciſſio, ſive in integrum reſtitutio fiat. ita ſi quis velit pleno uti ſermone: eum dicere oportet, contractum exceptione, aut alias Jure Prætorio, infirmari, aut reſcindi, aut irritum fieri: & contra, contractum ipſo jure imperfectum, aut ipſo jure nullum eſſe; itemque, eum ipſo jure reſcindi, vel ipſo jure reſolvi, aut in integrum reſtitui. hoc res vult, & ſic locuti Veteres; cum diſputarent accuratius: ut apparet ex *l.* 3. §. 3. *D. Pro ſocio*, *l.* 3. §. 10. *D. de donationibus inter virum & uxorem*, *l.* 64. §. 1. *D. de conditionibus & demonſtrationibus*, *l.* 5. §. 2. *D. Qui & a quibus manumiſſi:* ac proinde cum in *d. l.* 10. *C. de reſcindenda venditione* dicitur venditori in integrum reſtitutio competere contra illum cum quo contraxit: non eſt illa prætoria in integrum reſtitutio ex Edicto Galli Aquilii intelligenda: ſed hæc civilis quæ fit Judicis officio per actionem ex vendito ad id quod ejus interfuit, ſe non decipi: ut ex hactenus dictis manifeſtum eſt. Tantum de priore difficultate.

Altera difficultas eſt, quod ex contractu in quo apparet dolus malus, dominium traditione transferri poteſt: cum ex regula juris nuda traditio numquam transferat dominium: niſi venditio aut alia juſta cauſa præcedat, propter quam traditio ſequatur *d. l.* 31. *D. de adquirendo rerum dominio.* Sed nec ea objectio facit moram judicio meo. non enim vult illa regula, ut dominium traditione mutetur, utique præcedere cauſam veram ac jure firmam: ſed præcedere venditionem, aut ſimilem cauſam, ob quam dominium transferri ſolet: ſive re vera præcedat, ſive præcedere tradentis ſpe aut opinione præſumatur: niſi aliud impediat. Non diu quæram exempla quibus hoc confirmem: ſit hoc ex Pomponio *l.* 16. *D. de ſolutionibus.*. Titius ſtipulanti pecuniam promiſit ſub conditione. is Titius eam ſolvit: non pure, ſed ſub conditione, ſi prior conditio extiterit. quæritur, ex quo tempore ſoluta creditori pecunia ejus fiat? utrum ſtatim, an demum exiſtente conditione? ait Pomponius, ejus ſtatim fieri. atqui pendente conditione nulla eſt obligatio ex qua debeatur pecunia: etſi ſpes ſit debitum iri *l.* 213. *D. de verborum ſignificatione.* igitur nec cauſa eſt ex qua interim tradatur pecunia. ſed ut dominium tranſeat in accipientem; ſufficit, a tradente ſperari cauſam: licet præſens non ſit. Similiter quis dubitat, quin nullum ſit matrimonium quod tutor contrahat cum pupilla quondam ſua? aut ſi ancilla nubat quæ libera putetur? aut minor annis duodecim quæ major credatur? repetenti tamen dotem, ſi quæ data ſit in his & ſimilibus ſpeciebus, non vindicatio, ſed condictio competit *l.* 7. *C. de interdicto matrimonio inter pupillam & tutorem*, *l.* 1. *C. de condictione ob cauſam datorum*, *l.* 8. *D. eod. tit. l.* 59. *D. de jure dotium.* nempe, quia traditione ex cauſa dotis facta, mutatum intelligitur dominium. at non eſt dos, ubi non eſt matrimonium §. 12. *Inſt. de nuptiis:* nec igitur cauſa qua traditio fiat. eſto: ſed Jus Civile adquieſcit traditioni factæ ob cauſam ex qua dominus mutari ſolet. nec ſemper veram quærit cauſam. ſatis ei eſt, aliquam tradentis opinione ſubeſſe. Nam & indebitum per errorem ſolutum, dominium in accipientem transfert: & ei qui ſolvit, non ſoluti vindicationem, ſed condictionem relinquit §. 1. *Inſt. Quibus modis re contrahitur obligatio.* qui poteſt? quippe cum hic neque debitum ſit, neque ſolutio. ſed, ut dixi, ſufficit, opinione ejus qui ſolvit, & debitum eſſe, & ſolutionem.

Sic: ſi nihil aliud impediat. nam ſi id ſit: con-

Digitized by Google

contra dicendum eſt. hoc modo Paulus *l.* 1. §. 4. *D. de adquirenda poſſeſſione* ſcribit, ſi vir uxori cedat poſſeſſione, donationis cauſa: eam non dominium accipere, ſed poſſeſſionem. nec ob id putandum eſt, quod volunt Doctiſſimi Interpretes, traditionem, ſi fiat a venditore qui ab emptore ſit dolo malo inductus ad vendendum, ſimiliter poſſeſſionem transferre, dominium non transferre. minime. quod Paulus dicit de traditione mulieri facta ex donatione viri, non eo nititur, quod is titulus nullus atque irritus eſt: ſed quia donatio inter virum & uxorem in tantum Civili Jure improbatur: ut non modo promiſſio non teneat: ſed ne cætera quidem valeant quæ deinde ſequantur donationis cauſa: quippe cum ipſa quoque hæc ab initio prohiberi atque infirmari cenſeantur *l.* 3. §. 10. 11. & 12. *D. de donationibus inter virum & uxorem*, quatenus juris ſint. nam (quod Paulus obſervat *d. l.* 1. §. 4.) res facti, qualis eſt poſſeſſio, infirmari Jure Civili non poteſt: nec attinet dicere, non poſſidere mulierem: cum maritus, ubi noluit poſſidere, protinus amiſerit poſſeſſionem. Non idem ſuccurrit in propoſito: ubi venditor ab emptore ad vendendum eſt inductus dolo malo. nam tum non traditio venditori interdicitur: ſed ejus exactio emptori denegatur: ipſa quoque non ſimpliciter, neque ſemper: ſed ſi venditor nolit, contractum ſtare. imo permittitur emptori qui fecit dolo malo, hactenus agere adverſus venditorem: ut aut ſtetur emptioni, aut ab ea diſcedatur *l.* 13. §. 27. & 28. *D. de actionibus empti & venditi.* Dicamus igitur, aliam eſſe rationem donationis inter virum & uxorem, aliam venditionis cui cauſam dedit emptoris dolus: illic traditionem & improbari ab initio & prohiberi, factamque pro nulla atque inutili haberi, quatenus ad dominium pertinet: hic traditionem neque improbari, neque prohiberi ab initio: & factam, citra actionem ex vendito, citraque Judicis officium, non videri nullam: quin interim dominium transferre in emptorem; uſque adeo, ut ſi ab eo deinde ad tertium perveniat: placeat, venditori non adverſus eum in quem emptor dominium tranſtulit, rei vindicationem, ſed contra illum cum quo contraxerit, in integrum reſtitutionem actione ex vendito competere *d. l.* 10. *C. de reſcindenda venditione.*

Caput XVI.

Bonæ fidei negotium, ſi fuerit metu contractum, ſemper fuiſſe ipſo Jure Civili nullum: neque indiguiſſe Prætoris reſtitutione. quid, ſi intervenerit metus in contractu ſtricti juris? eum contractum valuiſſe cum Civili, tum Prætorio Jure ante Edictum Galli Aquilii: poſtea Civili Jure valuiſſe; ſed Prætorio fuiſſe correctum actione & exceptione doli mali. ad ea remedia acceſſiſſe deinde actionem, Quod metus cauſa: & tandem quoque exceptionem metus. actionem, Quod metus cauſa, aliquando uſum habere in bonæ fidei contractibus: ſed non alias, quam ſi locum non inveniat actio bonæ fidei. alia.

Reſpondi pleriſque quæ hic quæri poſſint. Niſi quis de coërcendo quoque metu qui in bonæ fidei contractu interveniſſe dicatur, pauca addenda exiſtimet. Eſſe enim video, qui hic argumentum a metu ad dolum faciant: arbitrati, ſi quid in bonæ fidei, vel in ſtricti juris, contractu geſtum ſit, etſi metu, tamen conſenſum videri *l.* 21. §. 5. *D. Quod metus cauſa*; & contractum ipſo jure valere. Id oſtendere Edictum: in quo generaliter ait Prætor, *Quod metus cauſa geſtum erit, ratum non habebo* *l.* 1. *D. eod. tit.* idemque apparere ex *l.* 2. *l.* 4. *l.* 5. *C. eod. tit.* Hoc porro ſi in metu placuit: quid cauſæ eſſe, cur non in dolo recipiendum ſit? in primis, cum ſub vi & metu dolus contineri dicatur *l.* 3. §. 8. *D. Vi bonorum raptorum.* Poſtremo Ulpianum *l.* 14. §. 13. *D. Quod metus cauſa* ſcribere, *Eum qui metum fecit, & de dolo teneri, certum eſſe.* Sed mihi videtur, (quod enim ſentio dicam) cum de reſcindendo contractu quæritur, non male peti argumentum a metu ad dolum. Primum non fit in metu diſtinctio, utrum dederit contractui cauſam, an inciderit in contractum: imo utriuſque habetur par atque eadem ratio. quod his quæ de dolo dixi, convenit. Deinde ſicut in dolo, ita in metu, intereſt inter bonæ fidei & ſtricti juris contractus. ſi enim in bonæ fidei contractu intervenit metus; numquam valuit Civili Jure contractus: quia ſemper placuit, eum regi bona fide: nec quid magis illi contrarium videri, quam vim & metum. Atqui, inquies, metui ineſt conſenſus: quia metui ineſt electio *d. l.* 21. §. 5. Sit ita: ſed non eſt libera electio; neque liber conſenſus: quem bona fides & boni mores poſtulant. Proinde ſive agat, ſive conveniatur, metum paſſus: apparet, convenire officio Judicis ex bona fide cognoſcentis, judicare, non eſſe contractum qui metu initus eſt: quia non bona fide eſt initus. Id vero quid efficit, niſi contractum bonæ fidei in quo non eſt ita actum, ut inter bonos bene agier oportet, ipſo jure nullum eſſe? quia ſive agat, ſive conveniatur, qui coactus voluit: metus ineſt actioni bonæ fidei, & in

ea Judicis officio continetur; pariter ut de dolo dictum: & ideo neceſſaria ei Prætoria in integrum reſtitutio non eſt; cum ipſo jure, denique Judicis officio, tutus ſit. Id, niſi fallor, Ulpianus *l.* 116. *D. de regulis juris* vult *lib.* 11. *Ad Edictum:* id eſt, ad Edictum Quod metus cauſa: quod eum *libro* XI. expoſuiſſe, ex Inſcriptione *l.* 1. *l.* 3. *& ſimilibus D. Quod metus cauſa* intelligitur. Verba Ulpiani. *Nihil conſenſui tam contrarium eſt, qui ac bonæ fidei judicia ſuſtinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores eſt.* Sic Ulpianus. Imperator quoque Alexander *l.* 1. *C. de reſcindenda venditione, Si*, inquiens, *pater tuus per vim coactus domum vendidit: ratum non habebitur, quod non bona fide geſtum eſt: malæ fidei enim emptio irrita eſt. Aditus itaque nomine tuo Præſes provinciæ auctoritatem ſuam interponet: maxime, cum paratum te proponas id quod pretii nomine illatum eſt, emptori refundere.* Non igitur ob metum magnopere deſiderabatur Prætoris auxilium in contractibus bonæ fidei: ubi metus Judicis officio ex fide bona corrigebatur. At aliter erat in contractibus ſtricti juris: in quibus ante Aquilii Edictum non magis metus, quam dolus vindicabatur: utique ſicut dolo malo, ſic metu perficiebatur obligatio; valebatque & Civili & Prætorio jure: prorſus ut neutro reſcinderetur: poſt Aquilii autem Edictum etſi placeret, eam Civili Jure valere, & actionem producere: tamen Jure Prætorio cœpit reſcindi actione vel exceptione doli mali *d. l.* 14. §. 13. *D. Quod metus cauſa:* quia videbatur is qui metu feciſſet, etiam dolo malo feciſſe. Id rei initium fuit. Poſtea placuit Prætori, (Caſſio, opinor ex *l.* 4. §. 33. *D. de doli mali & metus exceptione*) ſi quid metu extortum eſſe diceretur, etiam proponere Quod metus cauſa actionem: quæ eſſet in rem ſcripta *l.* 9. § *ult. l.* 14. §. 3. *D. Quod metus cauſa:* quod in actione de dolo non erat. Ita factum fuit, ut quo per metum geſto, & actio de dolo, & actio Quod metus cauſa locum haberet. Nec tamen, quod mireris, adhuc erat exceptio metus: quia videbatur Prætori Caſſio ſufficere exceptio doli mali. Sed poſtremo placuit, etiam de metu exceptionem permittere. ſcilicet, quia aliquid diſtat a doli exceptione: quod exceptio doli perſonam ejus qui dolo fecit, complectitur: at metus cauſa exceptio in rem ſcripta eſt, Si in ea re nihil metus cauſa factum eſt: ut pleniſſime traditum ab Ulpiano *l.* 4. §. 33. *D. de doli mali & metus exceptione.* Hæc quo pertinent? nempe, ut appareat, bonæ fidei contractum, ſive dolus, ſive metus in eo ſit, ipſo Civili Jure infirmari, nec Prætoria reſtitutione indigere: ſtricti vero juris contractum Civili Jure valere, ſed demum Jure Prætorio reſcindi. At enim Imp. Gordianus *l.* 4. & 5. *C. de his quæ vi metuſve cauſa* reſcripſit, venditione vi metuve facta, jurisdictionis tenore, ſive forma Edicti perpetui impetrari, ut quod improbe factum eſt, in priorem ſtatum revolvatur. Verum hoc non ſemper decerni, idem Gordianus putat *d. l.* 4. ſed tum, ſi alia actio non ſit. quod & ſupra in actione de dolo malo monui: & ipſo Edicto, Quod metus cauſa, oſtendit Ulpianus *l.* 14. §. 1. & 2. *D. eod. tit.* Id vero fit, verbi gratia, ſi venditori ob emptoris inopiam adverſus eum inanis futura ſit venditi actio; & interim res per metum vendita pervenerit in manum ſecundi emptoris, adverſus quem actio ex vendito priori venditori dari nequeat. dabitur igitur eo in caſu actio, Quod metus cauſa, in quadruplum intra annum, poſt annum in ſimplum *d. l.* 4. vel utilis rei vindicatio *l.* 3. *C. eod. tit.*

Ita eſt; ſi bonæ fidei contractus, verbi gratia, emptio & venditio, aut locatio & conductio, metu perficiatur: ſed ſi metu finiatur aliud jus eſt. id me Paulus docet *l.* 21. §. 4. *D. eod. tit.* Pauli verba ſunt. *Si metu coactus ſim ab emptione,* † *locatione diſcedere: videndum eſt, an nihil ſit acti, & antiqua obligatio remaneat; an hoc ſimile ſit acceptilationi, quia nulla ex * bonæ fidei obligatione poſſimus niti, cum finita ſit, dum amittitur? & magis eſt, ut ſimilis ſpecies acceptilationi ſit: & ideo Prætoria actio naſcitur.* Non agit Paulus de venditione aut locatione, metu perfecta, ſed de ea metu ſublata. Sit exemplum. perfecta inter duos eſt venditio aut locatio bona fide & libero utriuſque conſenſu. nata utrimque eſt obligatio & actio bonæ fidei. venditor aut locator deinde, re integra, abit a venditione aut locatione, non libero conſenſu, ſed per metum extorto. utrum ſublata eſt antiqua venditi aut locati obligatio; an ſupereſt perinde, quaſi nihil actum ſit? movet, quod obligatio conſenſu perfecta, re integra, tollitur contrario conſenſu. contra movet, quod contrarius ille conſenſus in præſenti non a ſponte venditoris, verum a metu, profectus eſt. Sed Paulo ſedet, quod obligatio conſenſu perfecta, re integra, tollitur contrario conſenſu, quamvis per metum extorto, atqui hoc non patitur bona fides. ſed finita eſt, inquit Paulus, bonæ fidei obligatio: dum amiſſa eſt contrario conſenſu. nulla igitur bonæ fidei obligatione poſſimus niti. Quod ſi eſt: alia videtur ratio contrahendæ per metum obligationis bonæ fidei, alia finiendæ. & eſt obſervandum, quod Paulus ait, conſenſum cui metus cauſam dedit, cum ad tollendam venditionem aut locationem pertinet, eſt ſimilis acceptilationi: qua per metum expreſſa creditori, ipſo jure finitur obligatio: valet quippe ſubtili jure acceptilatio, etiam metu illato facta: atque ut creditor qui metu coactus, debitorem liberavit per acceptilationem, neceſſariam habet Prætoriam, Quod metus cauſa, actionem: ſic quod in venditione aut locatione, ejus tollendæ cauſa, re integra, per metum

tum

† al. *vel.* * al. deeſt *ex.*

tum actum eſt contrario conſenſu, ſimiliter Prætoria Quod metus cauſa actione eget: quia quo minus ipſo jure valeat centrarius is conſenſus, nulla reſiſtit obligatio bonæ fidei, jam contrario illo conſenſu ipſo jure ſublata.

Nec illud omittam, quod Paulus *d. l.* 21. §. 3. *D. Quod metus cauſa*, *Si*, inquit, *dos metu promiſſa ſit, non puto naſci obligationem.* & hanc addit rationem: *quia veriſſimum eſt, nec talem promiſſionem dotis ullam eſſe.* Significat enim Paulus, dotis promiſſionem, ſi quæ ſtipulanti per metum facta ſit, non indigere Prætoria metus exceptione: quia non placet, ex ea naſci actionem: nulla tali ſtipulatione ipſo jure. id vero ſingulare eſſe in dote, facile apparet: quia ſtipulatio, etiam dotis, ſtricti juris habetur: ex aliis autem cauſis, quam ex dote, per metum facta promiſſione, valet Civili Jure ſtipulatio: ex eaque nata actio demum per exceptionem metus Jure Prætorio ſubmovetur *l. 5. C. de inutilibus ſtipulationibus, & pr. & §. 1. Inſt. de exceptionibus.*

F I N I S.

NOTITIA CAPITUM

HUJUS OPERIS.

Cap. I. Dolus *quid, & unde Donato? Eum* dolum *Veteribus eſſe* bonum *vel* malum. *De* dolo bono *Ulpiani ſententia.* 353

II. *De doli mali definitione. & an aliqua Veterum circa eam fuerit diſſenſio. Ulpiano lux in l. 1. §. 2. D. de dolo malo.* 354

III. *Summos infimoſque Juris Interpretes in quæſtione de forma coërcendi doli mali in contrahendo admiſſi, jam huc decurrere: ut exiſtiment, ſtricti juris contractus in quibus detegitur dolus malus, ſine diſtinctione valere ipſo jure, ſed actione, vel exceptione, doli infirmari: in bonæ autem fidei contractibus intereſſe, utrum dolus malus det contractui cauſam, an in contractum incidat: illic ipſo jure nullum eſſe contractum: hic non eſſe, ſed actione bonæ fidei, vel doli mali exceptione emendari. Eam doli mali diſtinctionem non videri veram. nec magis conſtare rationem formæ, ex ea traditæ negotiis bonæ fidei.* 355

IV. *Formam qua Veteres uſi ſunt in expugnando dolo malo, magis deberi ſubtilitati Fori Romani, quam ſimplicitati Juris Gentium. uſu hujus Fori in judiciis ſtricti juris vindicatum paſſim non fuiſſe dolum ante Edictum C. Aquilii Galli: poſt id Edictum in his coërcitum quidem fuiſſe, verum Prætorio Jure.* 357

V. *De forma emendandi doli mali in contractibus ſtricti juris ex Edicto C. Aquilii Galli. Cicero expoſitus, & noſtrorum auctoritate firmatus.* 357

VI. *Varro declaratus notabili & difficili loco.* 359

VII. *Bonæ fidei contractus, ob qualemcumque dolum malum, in contrahendo admiſſum ab aliquo contrahentium, inter eos fuiſſe ipſo jure imperfectos atque inutiles: neque indiguiſſe ulla Galli Aquilii, aut alius Prætoris providentia. Cicero iterum vocatur ad partes. avulſam a l. 5. C. de reſcindenda venditione eſſe l. 5. C. de in integrum reſtitutione minorum. hæc lex obiter emendata. illa utriuſque conjunctione explicita. l. 3. C. Communia utriuſque judicii collata cum Corpore Gregoriano. uterque locus expoſitus. in hoc & lacuna adducta. alia.* 360

VIII. *De forma coërcendi ipſo jure doli mali in contractu bonæ fidei, ſi deceptus a deceptore conveniatur judicio bonæ fidei.* 363

IX. *Qua forma ipſo jure caſtigetur dolus malus in judicio bonæ fidei; cum deceptus ultro vult agere adverſus deceptorem? expoſita quædam Juriſconſultorum loca aliter, ac factum hactenus a Juris Interpretibus fama celebri.* 365

X. *Poſſe eum qui eſt deceptus dolo malo, etiam experiri bonæ fidei judicio ad id quod ſua interſit, ſe deceptum non eſſe: quamvis nullo contractu.* 368

XI. *Paulum in l. 57. D. de contrahenda emptione eſſe conſpurcatum temeritate hominis indocti qui inducit perſonam Pauli §. 1. 2. & 3. idemque eveniſſe Papiniano in l. 58. D. eod. tit.* 369

XII. *Actionem quæ datur pro emendatione doli mali in contractibus bonæ fidei, ab Africano & Ulpiano dici* utilem. *Modeſtinus explicitus difficillimo loco qui eſt in l. 22. D. de pignoribus & hypothecis. Fugitivam eſſe l. 41. D. de pigneratitia actione; & quo pacto ea extricanda videatur. Senſus Papiniani l. 1. D. de pignoribus & hypothecis. Impp. quoque Diocletiani & Maximiani l. 5. C. Si aliena res pignori. Fragmentum Gaji quod eſt in l. 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis, ſub illo Titulo male poſitum eſſe ab Architectis Juris. debuiſſe poni ſub Titulo Digeſtorum, De pigneratitia actione: & quis ſit verus Gaji ſenſus.* 372

XIII. *Impp. Diocletianus & Maximianus explicitI*

Digitized by Google

pliciti l. 4. C. de obligationibus & actionibus. fugitivam Jacobo Cujacio videri l. 1. C. de dolo malo; in eaque actionem de dolo *dici quæ eſt* actio mandati. *Dolum malum, ſi in bonæ fidei contractu ſit admiſſus non ab eo cum quo contractum eſt, ſed a tertio, non vindicari actione bonæ fidei, ſed actione de dolo. Ulpianus expoſitus l. 2. D. de proxeneticis, & l. 18. §. 3. D. de dolo malo.* 376

XIV. *Ulpianus l. 7. D. de dolo malo ab ingenio emendatus.* 377

XV. *Cum apud Veteres contractus dicitur* reſolvi, reſcindi, in integrum reſtitui, *aut* irritus, *aut* nullus, *aut* nullius momenti eſſe; *minus plenum videri ſermonem: niſi addatur, quo jure is ſit nullus, irritus, aut nullius momenti: item, quo jure ejus reſciſſio, vel in integrum reſtitutio fiat, Civili, an Prætorio. Impp. Diocletianus & Maximianus declarati l. 10. C. de reſcindenda venditione. an ex bonæ fidei contractu nullo atque irrito, ob admiſſum dolum qui ei det cauſam, dominium traditione transferatur? videri.* 379

XVI. *Bonæ fidei negotium, ſi fuerit metu contractum, ſemper fuiſſe ipſo Jure Civili nullum: neque indiguiſſe Prætoris reſtitutione. quid, ſi intervenerit metus in contractu ſtricti Juris? cum contractum valuiſſe cum Civili, tum Prætorio, Jure ante Edictum Galli Aquilii: poſtea Civili Jure valuiſſe; ſed Prætorio fuiſſe correctum actione & exceptione doli mali. ad ea remedia acceſſiſſe deinde actionem, Quod metus cauſa: & tandem quoque exceptionem metus. actionem, Quod metus cauſa, aliquando uſum habere in bonæ fidei contractibus: ſed non alias, quam ſi locum non inveniat actio bonæ fidei. alia.* 381

F I N I S.

GERAR-

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

DE

USUFRUCTU

LIBRI DUO:

IN QUIBUS MULTA VETERUM LOCA AUT EMENDANTUR AUT EXPLICANTUR.

EDITIO SECVNDA.

Ccc

Digitized by Google

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

DE USUFRUCTU LIBER PRIMUS.

CAPUT I.

Summa totius Operis

Expliciturus pro virili parte uſumfructum, id eſt, Juris materiam, cum rerum varietate pulchram, tum locorum aſperitate difficilem ac moleſtam, animum induxi, initio operis inveſtigare, quid uſusfructus appellatione a Veteribus contineatur: jactiſque hac via quaſi futuræ diligentiæ fundamentis, efficere atque eniti: ut mox uno ore fluat interpretatio, demonſtratura uſusfructus rationem, naturam, formam: ſimul quid in re fructuaria, ejuſve partibus, qualitatibus, inſtrumentis, adminiculis, recte aut ſecus agat fructuarius: quæ trahat commoda, quæ toleret onera: quid juris ſit conſtante, quid finito, uſufructu: quemadmodum utroque in caſu dominum de ſua proprietate ſecurum præſtet ex Edicto Prætoris: poſtremo quid in corporibus Jure Civili, quid in quantitatibus & juribus Senatuſconſulto, obtinuerit: quid ſit in rei unius, quid in partis bonorum, vel omnium, uſufructu? illa primo ſufficient libro. alterum deſtinavi cauſis modiſque quibus conſtituatur & finiatur uſusfructus: pauca inſuper ſubjecturus remedia, ad tuendum eum maxime pertinentia. Summa hæc Operis: aperturi, ut ſpero, bene multa Veterum loca quorum uſum, ſenſum, integritatem, neſcio quis caſus longe ſubmoverat. nunc, quod beue vertat, prima ingrediar ſpatia.

CAPUT II.

De uſufructu: & quid eo nomine contineatur?

Uſusfructus (ut a Paulo definitur *l. 1. D. de uſufructu*) eſt jus alienis rebus utendi fruendi ſalva rerum ſubſtantia. Primum ait Paulus, uſumfructum eſſe jus: convenienter Gajo *l. 1. §. 1. D. de rerum diviſione:* dicenti, uſumfructum in jure conſiſtere, atque a fructibus diſtingui. nam fructus ex fundo percipi, & plerumque eſſe corporales: cum uſusfructus ſit jus eos percipiendi; eoque res incorporalis habeatur. Juris autem verbo Paulus intelligit facultatem fructuario moribus aut legibus conceſſam. talem enim facultatem a Veteribus jus appellari, dudum obſervavit V. Cl. Gulielmus Budæus, *Annotat. ad Pand. pag.* 212. eoque ſenſu fructuarium a Neratio dici, *jure ſuo facere. l. 44. D. de uſufructu.* ſed clare Ulpianus in *Fragm. tit.* 24. §. 26. uſumfructum vocat facultatem. Tryphoninus *l. 62. §. 1. D. eod. tit.* conjunctim dicit, *Facultatis fructuarii jus.* vix opus moneri, (ſponte enim liquet) uſumfructum quidem eſſe jus reſpectu fructuarii, cujus jus conſtituto uſufructu augetur: reſpectu vero domini proprietatis non eſſe jus, ſed juris minutionem, id eſt, ſervitutem *l. 5. §. 9. D. de novi operis nuntiatione.*

Illud quæri dignum, cur Paulus in definitione addat, *alienis rebus.* nam uſusfructus ab utendo fruendo deducitur: & tam dominus re ſua, quam fructuarius aliena utitur & fruitur. ita natura late patet uſusfructus, poteſtque dominio inhærere, vel ſine dominii ſocietate haberi, nec minus propriæ, quam alienæ, rei eſſe. cæterum ars & diſciplina Juris in magna rerum copia laborans inopia vocabulorum, quibus ſingulas indigitet, ſæpe publica verba ad ſuum informavit modum, neglecta naturali poteſtate: hic certe amplam illam atque infinitam vim uſusfructus ad propriam atque anguſtiorem coarctavit ſignificationem: animadverſo, utentem ac fruentem re ſua jus proprietatis ſive dominii exercere, neque ad hoc demonſtrandum egere uſusfructus nomine. contra aliena re utentem ac fruentem poſſe uſumfructum ſuum dicere; dominium ſuum dicere non poſſe. ita viſum, altera in ſpecie ſufficere dominii proprietatiſque appellationem: in altera quod deeſſet aliud nomen, magis uſumfructum ſubſiſtere. mitto verba: aperte Paulus *l. 126. §. 1. D. de verborum obligationibus* dicit, alterum eſſe uſumfructum per ſe, alterum proprietatem comitari: ſignificans ea loquendi forma, (ut oſtendi, *lib. 1. de juriſdictione & imperio, c. 2.*) alterum in ſpecie uſumfructum,

tum, alterum proprietatem, appellari. atque in hanc ſententiam euntibus quoque velut pedibus Tryphonino *l.* 78. *D. de jure dotium*, Pomponio *l.* 21. §. 3. *D. de exceptione rei judicatæ*, Ulpiano *l.* 5. *D. Si uſusfructus petetur*: apparet, quod dixi, uſumfructum origine ſua ad res proprias porrigi: Civili Jure ad alienas reſtringi.

At hoc ad intelligendam vim uſusfructus nondum ſufficit. cum enim ab uſu & fructu deducatur; ſitque, ut Paulus definit, *jus utendi fruendi rebus alienis ſalva rerum ſubſtantia*: e re erit, quid ſit *uti* & *frui ſalva rerum ſubſtantia*, paulo diſertius explicari: ſilentibus hac in parte Interpretibus multæ opes doctrinæ præferentibus. Uti igitur re eſt, eam adhibere ad vitæ utilitatem: ſed quatenus ſufficit; atque ut ſalva maneat ejus ſubſtantia. propria igitur uſus tria ſunt: primum, ut utentis neceſſitate finiatur: deinde, ne rei conditio mutetur: tum, ne res utendo conſumatur aut pereat. Primum Gajus ſignificat *l.* 11. *D. de uſu & habitatione*: nec minus Horatius, *lib.* 1. *Epiſt.* 12. negans pauperem eſſe, *Cui rerum ſuppetat uſus.* item *lib.* 2. *Epiſt.* 2. cum ait,

Utar & ex modico, quantum res poſcit, acervo
Tollam. ——

Eodem ſenſu Tacitus *lib.* XI. *Annal. c.* 7. *Quem*, inquit, *ullum tanta ſuperbia eſſe, ut æternitatem famæ ſpe præſumat? uſui & rebus ſubſidium præparari.* Poſtremum notat Donatus ad *Prologum Andriæ* Terentii, *Utimur*, inquiens, *fructibus rei quæ ab amantibus ſalvo uſu nobis ſubminiſtratur: abutimur, quando deperdimus rem & fructum. uſui eſt ager, domus: abuſui vinum, oleum, & cætera hujusmodi.* Sic Donatus: in eaque ſententia etiam Ciceronem fuiſſe *in Topicis*, ſuus veniet dicendi locus. Quod eſt ſecundo ſive medio loco poſitum, obſervat Ulpianus *l.* 15. §. 1. & 5. *D. de uſufructu.* etiam Lucretius, *lib.* II. *De rerum natura.* verba Lucretii.

Hic ſi quis mare Neptunum, Cereremque vocare
Conſtituit fruges, & Bacchi nomine abuti
Mavult, quam proprium laticis proferre vocamen.

Ea vis verbi, *Uti. Frui* latius patet: non enim utentis neceſſitate, neque rei conditione circumſcribitur: magis complectitur qualemcumque præſentem utilitatem, commoditatem, oblectationemve, quæ ex re ejuſve occaſione percipi poſſit: ac ne illam quidem quæ rem tollat, vel præter rei conditionem ſit, reſpuit: prorſus neque finem habet neque modum. hoc ſenſu accipitur in illo Ciceronis, *lib* 9. *Epiſt.* 17. *ad Pætum. Nihil timeo: fruor dum licet: opto, ut ſemper liceat.* Eodem modo Seneca, *Epiſt.* 63. *Ideo amicis avide fruamur, quia quamdiu contingere hoc poſſit, incertum eſt.* Claudianus quoque.

Qui fruitur pœna, ferus eſt, legumque videtur
Vindictam præſtare ſibi. – – –

Et Seneca, *De vita beata* c. x. *Tu voluptatem complecteris: ego compeſco. tu voluptate frueris: ego utor.* Similiter Nero, apud Tacitum. *lib.* 12. *Annal. c.* 56. Senecam alloquens, *Et tibi*, inquit, *valide ætas, rebuſque & fructui rerum ſufficiens.* Nero ſignificat, licere Senecæ per ætatem res ſuas non modo exercere ad uſum verum & neceſſarium, ſed etiam ex rebus ſuis capere voluptatem, etſi uſui non ſemper convenientem. quod alioquin juniorum eſſe, obſervat Auctor libri, *Sapientiæ c.* 2. *verſ.* 6. Sed differentiam quam inter uſum & fructum feci, probat & firmat Auguſtinus, *lib.* 1. *De doctrina Chriſtiana c.* 3. nec gravabor ejus verba, quamquam compluſcula ſint, adſcribere. Verba Auguſtini. *Res aliæ ſunt quibus fruendum eſt, aliæ quibus utendum, aliæ quæ fruuntur & utuntur. Illæ quibus fruendum eſt, beatos nos faciunt. iſtis quibus utendum eſt, tendentes ad beatitudinem adjuvamur & quaſi adminiculamur, ut ad illas quæ nos beatos faciunt, pervenire, atque his inhærere poſſimus. Nos vero qui fruimur & utimur, inter utraſque conſtituti, ſi eis quibus utendum eſt, frui voluerimus, impeditur curſus noſter, & aliquando etiam deflectitur, ut ab his rebus quibus fruendum eſt obtinendis vel retardemur, vel etiam revocemur, inferiorum amore præpediti. frui enim eſt, amore alicui rei inhærere propter ſe ipſum: uti autem, quod in uſum venerit, ad id quod amas obtinendum referre. ſi tamen amandum eſt: nam uſus illicitus abuſus potius vel abuſio nominandus eſt. quomodo ergo ſi eſſemus peregrini, qui beate vivere niſi in patria non poſſemus, eaque peregrinatione utique miſeri & miſeriam finire cupientes, in patriam redire vellemus, opus eſſet vel terreſtribus vel marinis vehiculis quibus utendum eſſet ut ad patriam qua fruendum erat, pervenire valeremus, quod ſi amœnitates itineris & ipſa geſtatio vehiculorum nos delectaret, converſi ad fruendum his quibus uti debuimus, nollemus cito viam finire, & perverſa ſuavitate implicati alienaremur a patria cujus ſuavitas faceret beatos: ſic in hujus mortalitatis vita peregrinantes a domino, ſi redire in patriam volumus, ubi beati eſſe poſſumus, utendum eſt hoc mundo, non fruendum.* Satis liquet, quid ſit uti, quid frui.

Tantum addam, uſumfructum non eſſe merum fructum, neque merum uſum; ſed ex utroque colligi: probante ſono verbi, utrumque complexi: tum etiam definitione Pauli *d. l.* 1. *D. de uſufructu*, dicentis; uſumfructum eſſe jus utendi fruendi rebus alienis ſalva rerum ſubſtantia. Hoc vero quo pertinet? niſi ut putemus, non concedi fructuario poteſtatem liberam pro ſua libidine atque arbitrio rem fructuariam exercendi: ſed ejus jus certo fine ac modo circumſcribi: ita teneri eum re aliena uti, id eſt, eam exercere ſalva ſubſtantia; modo etiam ſit ei jus frui: & poſſe re frui, dum ea utatur quoque: id eſt, dum curet, ut rei ſubſtantia, invi-

vito proprietatis domino, fruendo non mutetur aut pereat. atque hoc eſſe uſuifructui conſequens, etiam Florentinus indicat *l.* 42. *D. de uſufructu:* dicens fructuarium & uſum habere fruendi cauſa. Neſcio, an idem velit Iſidorus, *lib.* 5. *Originum*, *c.* 25. *Uſus*, inquiens, *quo in re inſtructa utimur, ut in baculo inniti, ut in codice legere, ut in tabula ludere: ſed & ipſe fructus agrorum, quia eo utimur, uſus vocatur. Hæc ſunt tria illa. uſusfructus autem vocatus: quia ſolo uſu habetur ejus fructus, manente apud alium jure.* Sed uſumfructum tam ex uſu, quam ex fructu, conſiſtere, adeo exploratum eſt: ut Ulpianus *l.* 14. §. 1. *D. de uſu & habitatione* neget, fructum legari ſine uſu: & ſi legetur deducto uſu; inutile eſſe legatum, ſcribat. putemus igitur, uſumfructum neque uſum, neque fructum eſſe: ſed jus ex utroque mixtum & temperatum. non enim eſſe fructum liberum atque infinitum qui fructus proprietatem comitatur: verum uſus adjectione coërceri intra modum ſalvæ ſubſtantiæ. proinde eſſe uſu latiorem, ſed dominio anguſtiorem; & a Paulo optime definiri, jus utendi fruendi rebus alienis ſalva rerum ſubſtantia.

Poſſim ineptus videri: ultra quærens, ubi locum habeat Pauli definitio: tamquam non ſemper obtineat, ubi de uſufructu Jure Civili diſputatur. cur enim inventa eſt, non habitura uſum? et tamen laboro: quia ipſe Paulus *l.* 4. *D. de uſufructu: Uſusfructus*, inquit, *in multis caſibus pars dominii eſt.* an aliud his deſignat verbis? quam aliquando ſervari, aliquando negligi definitionem præ ſe ferentem, uſumfructum eſſe jus utendi fruendi rebus alienis? fuerit igitur ex uſu Juriſprudentiæ, & hac liberari ſollicitudine. obtinet ea definitio in actione confeſſoria: in quam venit uſusfructus, non omnis, ſed a dominio ſeparatus. datur certe hæc actio ei qui poteſt dicere, ſuum eſſe rei uſumſructum: non ei qui poteſt rem ſuam dicere. nam, ut Ulpianus ait, uti frui jus ſibi eſſe, intendere poteſt ſolus qui habet uſumfructum: dominus autem non habet: quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus ſeparatum non habet; nec enim poteſt ei ſuus fundus ſervire. de ſuo enim, non de alieno jure quemque agere oportet *l.* 5. *D. Si uſusfructus petetur.* Non minus placet ea ſubtilitas Paulo, in *l.* 25. *D. de verborum ſignificatione* ſic ſcribenti, *Recte dicimus, eum fundum totum noſtrum eſſe, etiam cum uſusfructus alienus eſt: quia uſusfructus non dominii, ſed ſervitutis pars ſit: nec falſo dicis totum meum eſſe, cujus non poteſt ulla pars dici alterius eſſe. hoc & Julianus: & eſt verius.* Hæc Pauli verba pertinent ad rei vindicationem: quam Paulus expoſuit lib. 21. Ad Edictum, ex quo deſumpta ſunt ejus verba. ea porro actio eſt rei, id eſt, dominii ſive proprietatis rei, vindicatio; ſolique datur ei qui poteſt intendere, rem quam petit, ſuam eſſe: ut eodem libro docet Paulus *l.* 23. *D. de rei vindicatione.* debet etiam is deſignare rem, & utrum totam, an partem, & quotam petat: ut idem Paulus indicat *l.* 6. *D. eod. tit.* igitur fingamus, aliquem vindicare, fundum totum ſuum eſſe: cum alienus ſit uſusfructus. an recte agit? nam uſusfructus naturaliter cohæret dominio, ejuſque pars eſt. nec videtur quis vere dicere, fundum totum eſſe ſuum; cum aliqua pars non eſt ejus. Sed Paulus Julianum ſequutus, ait verius eſſe in hac actione, alium videri fundum, alium fundi uſumfructum: illum ad rem, hunc ad rei modum ſpectare: eaque ratione quem recte dicere, totum ſuum eſſe fundum, ſive totam ſuam eſſe fundi proprietatem, a quo fundo abeſt uſusfructus: licet non poſſit dicere, totum eum fundum omni modo ſuum eſſe, ſive totam fundi proprietatem omni modo ſuam eſſe. Similis obſervatio eſt in judicio familiæ erciſcundæ & communi dividundo: auctore eodem Ulpiano *l.* 16. §. 1. *D. Familiæ erciſcundæ:* apud quem Julianus ait, *Si alii fundum, alii uſumfructum Judex adjudicaverit, non communicari uſumfructum.* Senſus eſt: quod ſi Judex in Judicio familiæ erciſcundæ uni fundum, alii ejuſdem fundi uſumfructum adjudicaverit: non eſt communis utriuſque uſusfructus: ſed hic ſolus uſumfructum, ille nudam fundi proprietatem habebit. atqui fundi appellatione non venit nuda, ſed plena proprietas. ſit ita naturali verbi ſignificatione: ſed Judex familiæ erciſcundæ ſequitur civilem: nulla cauſa, cur ab ea recedat. imo agit eo judicio, ut tollat, non ut inducat communionem. quod futurum fuerit; ſi adjudicato uni fundo, alteri uſufructu, fundum pro pleno ejus dominio accipiamus. Sic: ubi uſusfructus Juris ſubtilitate æſtimatur.

At Paulus *l.* 4. *D. de uſufructu*, *Uſusfructus*, inquit, *in multis caſibus pars dominii eſt: & extat, quod vel præſens vel in diem dari poteſt.* Non tamen voluit Paulus, uſumfructum, ſi intra artis auctoritatem ſubſiſtamus, eſſe dominii partem. contra ſignificat, uſumfructum, cum in arte Juris non ſit dominii pars; nihilominus (quod ex ſequentibus liquebit) aliquando dominio ſimilem vel dominii loco haberi: locutione non diſſimili huic Virgilii *lib.* 7. *Aeneid. verſ.* 266. (quam Vigerus notavit, *De præcipuis Græcæ dictionis idiotiſmis*, *cap.* 3. *ſect.* 7.)

Pars mihi pacis erit dextram tetigiſſe tyranni.

Vult igitur Paulus, uſumfructum eſſe dominio ſimilem, vel dominii loco: non tamen ubique, ſed in multis caſibus. quibus? non addit Paulus: ſed puto in legatis, itemque in ſtipulationibus & cæteris contractibus: in quibus magis loquentium voluntas ſpectatur, quam Juris ſubtilitas pleriſque incognita. Sit in legato exemplum apud Papinianum *l.* 76. §. 2. *D. de legatis lib.* 2. Verba Papiniani. *Dominus herede fructuario ſcripto, fundum ſub*

conditione legavit: voluntatis ratio non patitur, ut heres ex cauſa fructus emolumentum retineat. diverſum in cæteris prædiorum ſervitutibus, quas heres habuit, reſponſum eſt: quoniam fructus portionis inſtar obtinet. Legatus eſt a teſtatore fundus cujus uſusfructus erat apud heredem ſcriptum. quæritur, utrum legatario debeatur nuda fundi proprietas; an ſolida? nam legatus proponitur fundus; habetque fundum, habens ejus proprietatem: etſi non habeat uſumfructum: quia uſusfructus in arte Juris non eſt pars fundi, id eſt, dominii; ſed ſervitutis, ut via. at Papinianus abit a ſcrupuloſitate artis: ſequutus defuncti voluntatem, auctoritate Duodecim Tabularum in teſtamento pro lege obſervandam. & recte: nam defunctus, exerciturus liberalitatem erga legatarium, non videtur voluiſſe, ad eum venire inane fundi nomen ſine utilitate ejus naturali. quod igitur convenit menti teſtatoris, putat Papinianus, in hoc articulo perinde habendum eſſe uſumfructum, ac ſi eſſet dominii portio, quamvis alias non ſit: eaque ratione heredem legatario obligari ad traditionem ſolidæ proprietatis fundi; nec poſſe ex cauſa fructus qui ejus erat, retinere emolumentum. quin idem Papinianus *l. 66. §. 6. D. eod. tit.* *Fundo*, inquit, *legato, ſi uſusfructus alienus ſit, nihilominus petendus eſt ab herede. Uſusfructus enim, etſi in jure non in parte conſiſtit, emolumentum tamen rei continet. enimvero fundo relicto, ob reliquas præſtationes quæ legatum ſequuntur, agitur: verbi gratiâ, ſi fundus pignori datus, vel aliena poſſeſſio ſit. Non idem placuit de cæteris ſervitutibus.* Ab eodem principio Julianus *l. 6. D. de uſufructu earum rerum*, *Si*, inquit, *fundus tibi legatus fuiſſet, & mihi ejuſdem fundi uſusfructus: haberes tu quidem totius fundi proprietatem, ſed partem cum uſufructu, partem ſine uſufructu.* Idque in tantum placuit: ut Modeſtinus *l. 19. D. de uſu & uſufructu legato* ſic ſcribat. *Si alii fundum, alii uſumfructum ejusdem fundi, teſtator legaverit: ſi eo propoſito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto uſufructu, proprietatem eum legare oportet eo modo.* Titio fundum detracto uſufructu lego, [vel] Sejo ejusdem fundi uſumfructum heres dato. *Quod niſi fecerit, uſusfructus inter eos communicabitur:* Et pro ratione addit Modeſtinus: *quod interdum plus valet ſcriptura, quam peractum ſit.* Senſus Modeſtini: quod ex recepta verbi interpretatione aliquando aliter accipitur teſtatoris ſcriptura, quam re vera voluit aut cogitavit teſtator. Sic in legatis. Idem in ſtipulationibus, & cæteris contractibus. in quibus contrahentes magis ad effectum rerum mutuamque utilitatem, quam ad artis ſubtilitatem reſpiciunt. nos vero in his explicandis ſequimur quod actum eſt *l. 34. D. de regulis juris*. ita cum veriſimile eſt, contrahentes promiſſo fundo, non ad nudam intendiſſe proprietatem ſine utilitate fructuum: optima ratione interpretamur, quod illi voluere, uſumfructum eſſe inſtar partis fundi, ſive haberi loco dominii, licet juris ſubtilitate non ſit. Eo modo Julianus *l. 58. D. de verborum obligationibus*, *Qui*, inquit, *uſumfructum fundi ſtipulatur, deinde fundum, ſimilis eſt ei qui partem fundi ſtipulatur, deinde totum: quia fundus dari non intelligitur, ſi uſusfructus detrahatur.* Pomponius quoque *l. 66. D. de contrahenda emptione*, *In vendendo*, inquit, *fundo quædam, etiamſi non condicantur, præſtanda ſunt. veluti, ne fundus evincatur, aut uſusfructus ejus.* Ita igitur eſt: uſusfructus, quoties de nominis ſubtilitate diſputatur ex arte juris, nec voluntas loquentium eſt quæſtioni, ut in formula actionis confeſſoriæ, aut rei vindicationis, item in adjudicatione Judicis familiæ erciſcundæ, aut communi dividundo, non eſt rei dominium, neque rei pars: ſed jus a dominio & parte ejus ſeparatum. cæterum in legatis & contractibus, ubi quæritur voluntas teſtatoris aut contrahentium, magis ad dominii effectum, quam ad nominis ſubtilitatem reſpicientium: rationis eſt, quod Paulus ait *d. l. 4. D. de uſufructu*, uſumfructum in multis caſibus partem dominii haberi.

At non ut uſusfructus dominii, ſic vice verſa dominium uſusfructus nomine cenſetur. credidit quidem Accurſius, hoc contingere apud Pomponium in *l. 19. D. de uſufructu*; multiſque, ut idem ſentirent, auctor fuit. ſed mihi errare videtur Accurſius; & aliud indigitari a Pomponio *d. l.* ſi conſilio temperetur ejus intellectus: ut fiet infra capite primo libri ſecundi. Attulit tamen pro ſua ſententia Accurſius præterea hæc Marciani verba ex *l. ult. D. de uſufructu earum rerum.* *Cum pecunia erat relicta Titio* ita, ut poſt mortem legatarii ad Mævium rediret: *quamquam adſcriptum ſit*, ut uſum ejus Titius haberet, *proprietatem tamen ei legatam: & uſus mentionem factam, quia erat reſtituenda ab eo pecunia poſt mortem ejus Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.* Æque inſeliciter. nimirum proponitur legata pecunia, ita ut poſt mortem legatarii ad Mævium rediret. pecuniæ vero appellatione continetur proprietas: ſicut rei, fundi, domus, ſervi, nomine proprietas indigitatur. non eſt igitur legatus pecuniæ uſusfructus: ſed legata eſt pecunia: id eſt, pecuniæ proprietas, cum onere fideicommiſſi. adjecerat quidem teſtator, ut ejus uſum haberet legatarius Titius. ſed interim legavit ei proprietatem. & ait Marcianus, etiam hoc reſcripſiſſe Divos Severum & Antoninum; uſus vero mentionem factam ideo: quia reſtituenda a legatario erat pecunia poſt mortem ejus. quæ res etſi non eſſet uſusfructus, tamen habebat exitum uſuifructui non diſſimilem. Non igitur juvat Accurſium Marcianus. Nec magis Scævola *l. 15. D. de auro argento mundo.* verba. *Species auri & argenti Sejæ legavit, & ab ea petiit in hæc verba.* A te, Seja, peto,

ut

ut quidquid tibi ſpecialiter in auro, argento, legavi, id cum morieris, reddas reſtituas illi & illi vernis meis: quarum rerum uſusfructus, dum vives, tibi ſufficiet. *Quæſitum eſt, an uſusfructus auri & argenti ſolus legatariæ debeatur? Reſpondit, verbis quæ proponerentur, proprietatem legatam, addito onere fideicommiſſi.* Sic Scævola: veriſſime. nam legatis ſpeciebus auri & argenti, legata eſt ſpecierum proprietas: ſed (quod ex ſequentibus verbis intelligitur) reſtituenda vernis ex cauſa fideicommiſſi. & quod additur, *quarum rerum uſusfructus, dum vives tibi ſufficiet*, non ad formam juris ſpectat: aliter enim ea ſe habet, ut Scævola obſervat: ſed ad exitum rei; ſive, ad effectum reſtituendæ proprietatis: ut in *d. l. ult. & l. 34. §. ult. D. de legatis lib. 2.*

Quæ dixi, ſatis ex ſententia ſunt, quantum attinet ad rem fructuariam. ſed ſeparandum ab hac re eſt jus ea utendi fruendi, quod appellamus uſumfructum. hujus enim juris quin dominus ſit fructuarius, dubitari non ſinit Ulpianus *l. 8. D. de rebus auctoritate judicis poſſidendis*, his verbis. *In venditionem bonorum etiam uſusfructus veniat: quia appellatione domini fructuarius quoque continetur.* Nempe (dabo enim Ulpiano lucem quam neſcio an dederint alii) dixerat Prætor in Edicto, juſſurum ſe, poſſideri vendique bona debitoris, fraudationis cauſa latitantis *l. 7. §. 1. D. Quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur.* inde quæri poterat, quid *bonorum* appellatione in Edicto contineretur? ait Ulpianus, non tantum proprietatem debitoris indicari; ſed uſumfructum quoque, ſi quem habeat ſeparatum. nam fructuarium eſſe uſusfructus dominum: ut non ſit rei fructuariæ dominus: certe habet in ea jus aliquod *l. 19. D. de damno infecto:* proque eo vindicando confeſſoriam in rem actionem *l. 5. D. Si uſusfructus petetur.* eſt igitur ejus juris dominus *l. 3. D. eod. tit. l. 15. §. 8. D. Quod vi aut clam:* licet non ſit dominus rei fructuariæ.

Caput III.

Quemadmodum quis utatur fruatur?

Dixi, quid ſit uſusfructus. dicam, quid fructuario ſub hoc competat nomine. primum certum eſt, eum habere jus fruendi re fructuaria. Ulpianus *l. 7. D. de uſufructu* ait, ad fructuarium omnem rei fructum pertinere. putemus igitur, ei deberi omnem animi & corporis utilitatem quæ ex re fructuaria ab eo percipiatur: quando omnis opportunitas, fructuario quæſtum aut amœnitatem adferens, fruendi vocabulo continetur: ut capite primo demonſtravi. & eſt elegans Pauli exemplum in *l. 16. §. 1. D. Quod vi aut clam:* quærentis, ſi quis arbores non frugiferas, veluti cupreſſos, cæciderit vi aut clam, an ſicut domino, ita fructuario competat interdictum? poterat dubitari: quia non ut domini, ſic fructuarii intereſt, cæſis arboribus infructuoſis. ait tamen Paulus, *Si amœnitas quædam ex hujuſmodi arboribus præſtetur; poſſe dici & fructuarii intereſſe propter voluptatem & geſtationem.* id eſt, propter amœnitatem quam ex geſtatione ſellæ, lecticæ, aut vehiculi in nemoribus illis arborum infructuoſarum poſſit percipere. morem indigitat hoc Juvenalis *ſat. 4.*

Quid refert igitur, quantis jumenta fatiget
Porticibus, quanta nemorum portetur in umbra.

Nam ut vetus Scholiaſtes ibi notat, viridaria ſignificat, ubi geſtari ſolent. Igitur fructus appellatione in propoſito omnis rei utilitas continetur. neque refert, utrum ſponte, an hominis opera producatur. plus cenſeo, ſi quid veniat non ex re, ſed rei occaſione ex alia cauſa, id eſt, ex nova obligatione; & hoc fructuarii juris eſſe: ut reditus, penſiones, mercedes, vectigalia, vecturas *d. l. 7. §. 1. l. 9. l. 59. §. 1. & 2. D. eod. tit.* Non ſunt hæ & ſimiles obventiones, uſuræ, verbi gratia, naturaliter fructus: non enim ex ipſo rei corpore naſcuntur *l. 121. D. de verborum ſignificatione*, nec male Senecæ dicuntur *lib. 7. De beneficiis c. 10. Humanæ cupiditatis extra naturam quæſita nomina.* interim jure perceptæ, præſtant rei emolumentum, exemplo fructuum, eoque Civili Jure fructus appellantur *l. 62. D. de rei vindicatione, l. 34 & l. 36. D. de uſuris, l. 8. §. 2. D. de rebus auctoritate Judicis poſſidendis.* Hac ratione licet fructuario, frui re fructuaria cum per ſe, tum per alium cui fructuum perceptionem locet vel vendat *l. 12. §. 2. D. de uſufructu, §. 1. Inſt. de uſu & habitatione:* æque per alium habiturus rei utilitatem, ac ſi per ſe eam auferat. Hoc, inquis, ſinit poteſtas verbi, *fructus* & *frui:* ſed hac eunti via moram objicit Juris rigor: permittens, proprietarium, vendito aut locato a fructuario uſufructu, experiri cum emptore aut conductore, Non eſſe ei jus uti frui invito ſe, a quo neque venditus, neque locatus ei ſit rei ſuæ uſusfructus. at hanc moram rumpit benignitas Prætoris: interpretantis, proprietarium fructuario, quamdiu durabit uſusfructus, facere poteſtatem diſponendi de utilitate rei fructuariæ, non repugnante natura uſusfructus: ideoque (quod Marcianus obſervat *l. 11. §. 2. D. de pignoribus*) vendito ac tradito a fructuario uſufructu, ſi velit proprietarius cum emptore agere, Ei non eſſe jus uti frui, invito ſe: tuebitur emptorem Prætor exceptione, Si non inter emptorem & eum ad quem pertinet uſusfructus, convenerit, ut is hujus jure uteretur. Eo igitur modo cum uſusfructus emptori a fructuario non di-

cam in jure ceditur (de quo alibi erit dicendi locus) ſed traditur; ipſum quidem jus, id eſt, dominium uſusfructus, perſonæ cohærens, apud fructuarium manet Jure Civili: ſed fructuum perceptio quæ eſt facti, & a perſona avelli poteſt *l. 27. §. 11. D. Ad legem Juliam de adulteriis*, ad emptorem venit Jure Gentium *l. 66. D. de jure dotium*. Hoc: ſi fructuarius vendat aut locet uſumfructum. Idemque eſt; ſi eum pignori det: recepta enim venditione, quid ni pignus recipiatur? ſed & hoc Marcianus probat *d. l.* 11. §. 2. ait enim, Papinianum ſcribere *lib.* 11. *Reſponſorum*, tuendum creditorem: & ſi velit proprietarius cum eo agere, Non eſſe ei jus, invito ſe uti frui, tuiturum eum Prætorem tali exceptione, Si non inter creditorem & eum ad quem uſusfructus pertinet, convenerit, ut uſusfructus pignori ſit. nam cum emptorem uſusfructus tueatur Prætor; cur, inquit, non & creditorem tuebitur? igitur (ut Javolenus ait *l. ult. D. de uſuris* quæ eſt ex *libro* ejus *tertio ex Poſterioribus Labeonis*, quo eum de uſufructu egiſſe, colligo ex *l. 24. D. Quibus modis uſusfructus amittitur* quæ ex eodem libro eſt) *Fructus rei eſt, vel pignori dari licere.* Senſus Javoleni eſt, Inter cætera commoda, fructuario competentia fructus nomine, vel (id eſt, etiam) eſſe; quod fructuarius poteſt uſumfructum pignori dare creditori facilius daturo mutuam pecuniam ſub eo pignore, quam ſine eo. At non tantum vendere, locare, aut oppignorare, uſumfructum poteſt fructuarius: ſed, ut Ulpianus refert *d. l.* 12. §. 2. *D. de uſufructu*, etiam poteſt eum precario concedere aut donare. & bene hæc diſtinguit: quomodo Plautus, in *Menæchmis. act. 4. ſc. 2. verſ. 94,*

- - - Illam non condonavi. ſed ſic utendam dedi.

Nam, ut eſt in *Trinummo act. 5. ſc. 2. verſ. 6.*

Beneficium homini proprium quod datur, proprium ſumpſerit:
Quod datum eſt utendum, id repetendi copia 'ſt, quando velis.

Igitur fructuarius juris ſui utilitatem alii donans aut precario concedens, recte dicitur eo uti frui: ſpectantibus exercitæ voluptatem liberalitatis, aut famam, aut naturalem obligationem qua donatarius ei tenetur ad remunerandum. poſtremum obſervat Gajus *l.* 54. §. 1. *D. de furtis:* priora inſuper Seneca, *lib. 2. De beneficiis c.* 33. *Beneficii*, inquiens, *fructus primus ille eſt conſcientiæ: hunc percepit qui quo voluit, munus ſuum pertulit. Secundus eſt famæ. Tertius eorum quæ præſtari invicem poſſunt.* Non ignoro, aliquando dici, eum qui rem donat, eam perdere. Sed id demum in filiofamilias, ſervo, tutore, & procuratore, id eſt, in rerum alienarum adminiſtratoribus obtinet *l. 7. de donationibus.* Imo in domino, manifeſta ejus luxuria. optime Tacitus *lib. 1. Hiſtor. c. 30. Falluntur quibus luxuria ſpecie liberalitatis imponit. perdere iſte ſciet, donare neſciet?* at in domino a quo abſit luxuria, adeo falſum eſt; ut is donatione, ſi quam fecit, frui intelligatur. hoc ſenſu Cicero, *lib. 2. De officiis c.* 18. *Poſſe*, inquit, *liberalitate uti non ſpoliantem ſe patrimonio, nimirum is eſt pecuniæ fructus maximus.* Et Seneca, *De vita beata c.* 24. *Numquam magis nomina facio, quam cum dono. quid? tu, inquis, recepturus donas? imo non perditurus. eo loco ſit donatio, unde repeti non debeat, reddi poſſit.*

Competit igitur fructuario jus percipiendi qualecumque commodum vel ex re, vel ejus occaſione naſciturum: quia omne id fructus appellatione comprehenditur. quod ſi ſint adminicula ſine quibus omnino nequeat uti frui fructuarius, vel hæc ei conceſſa videntur. etſi non ideo; quaſi & ipſa rei fructu contineantur: ſed quia eſt rationi conſequens, ut qui extrema vult, velit omnia ſine quibus ad extrema perveniri nequeat. hoc modo ait Javolenus, eum qui juriſdictionem dedit, etiam conceſſiſſe hæc ſine quibus illa explicari nequeat *l. 2. D. de juriſdictione:* & Ulpianus eum qui aquæ hauſtum ceſſit, etiam iter ad hauriendum ceſſiſſe, interpretatur *l. 3. §. ult. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum.* Sed non poteſt fieri, ut qui uſumfructum alicui concedit, non concedat adminicula ſine quibus is ſe ad uſumfructum ferre nequeat. Ut exemplo res clara ſit: pone uſumfructum ſervi. conſtat, fructuarii eſſe quod ex ſervi operis adquiritur *l. 10. §. 3. D. de adquirendo rerum dominio:* ſunt enim operæ in hominis fructu, & mercedes propter operas *l. 3. & 4. D. de operis ſervorum.* finge, ſervum nolle operari. nempe ait Ulpianus, cogendum eſſe, a fructuario modica caſtigatione *l. 23. §. 1. D. de uſufructu.* Rurſus finge tibi uſumfructum domus aut fundi: & fundo aditum aut aquam, domui lumen deeſſe. neceſſe erit, ut uſumfructum ſequantur adminicula: id eſt, aditus, aqua, lumen *l. 1. §. 1. & ult. D. Si uſusfructus petetur:* maxime ſi fructuario adeo ſint neceſſaria; ut ſine his nulla ſit fructuum perceptio: nam ſi ei commoda ſint; neceſſaria non ſint: non ſunt adminicula uſusfructus; nec eo prætextu fructuario concedenda: quia de his nihil dixit teſtator; & fructus etſi difficilius, tamen ſine his haberi ex re fructuaria poteſt: aliud vero ei non dedit teſtator *d. l. 1. §. ult. l. 10. D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum.*

In primis autem oportet fructuarii eſſe detentionem rei fructuariæ: quia niſi eam rem teneat naturaliter, non poteſt ea, cum vult, uti frui. idcirco ait Ulpianus *l. 12. D. de adquirenda poſſeſſione*, *Naturaliter videri poſſidere eum qui uſumfructum habet*: id eſt, ut Papinianus loquitur, atque eadem in re, naturaliter teneri *l. 49. D. eod. tit.* hoc eſt, ejus in poſſeſſione eſſe. quo ſenſu & colonum & depoſitarium *naturaliter poſſidere*, idem ait

Ul-

Digitized by Google

Ulpianus *l.* 7. §. 11. *D. Communi dividundo:* pro naturaliter tenere, ſive corpore in poſſeſſione eſſe: ut apparet ex *l.* 9. *D. de rei vindicatione* quæ eſt ejuſdem Ulpiani. ad hoc vero ſubſiſtere fructuariæ rei jus, vel inde intelligitur: quod ut verus ejus poſſeſſor ſit fructuarius, non eſt opus *l.* 1. §. 8. *D. de adquirenda poſſeſſione:* cum poſſit re fructuaria uti frui, etſi eam non poſſideat. quomodo colonus & commodatarius utuntur re conducta aut commodata: nec tamen eam poſſident; ſufficitque his, in poſſeſſione eſſe, & naturaliter tenere. dicamus igitur, & fructuarium naturaliter tenere rem fructuariam; id eſt, in fundo, ſive in poſſeſſione eſſe: ſed non poſſidere *l.* 6. §. 2. *D. de precario,* & *l.* 5. §. 1. *D. Ad exhibendum.*

Deſcripſi jus fructuarii in re fructuaria. vix ſcio, an addam, eſſe hoc ejus non modo in re tota, ſed etiam in ſingulis rei partibus: præſertim monſtrante ratione, totum ex partibus conſtare. atque ita eſt. cui datus eſt alicujus rei uſusfructus; ei datus eſt ſingularum partium uſusfructus. nec opus inſpici; utrum ab initio rei inhæſerint partes, an ei poſtea acceſſerint. omnium enim debetur uſusfructus: quia omnes, ſive ab initio rei inſint, ſive ex poſtfacto ei cohærere cœperint, utique rei cujus uſusfructus eſt, appellatione comprehenduntur: ut in loco reddemus.

Interim quæ partium, eadem jurium & qualitatum, ſervitutum, verbi gratia, ratio eſt. nam ſi quæ rem fructuariam comitentur qualitates, earum quoque uſus & fructus ad fructuarium venit: quia verum eſt, eas non perſonæ domini, ſed prædio inhærere *l.* 20. §. *ult. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum,* *l.* 86. *D de verborum ſignificatione.*

Quod ſi quæ non cohæreant rei fructuariæ, ſed parata ſint ejus cauſa, ſive reditum auctura, ſive non eum futura in finem, ſed ut rem fructuariam juvent aut tueantur: ea non ſunt rei partes, ſed inſtrumenta ſine quibus fructus non facile ad rei conditionem percipiuntur. illa igitur cauſa eorum quoque uſusfructus, ſi non appareat contraria teſtatoris voluntas, fructuarii eſt *l.* 15. §. 6. *D. de uſufructu:* licet aliud in proprietate cujus infinitus legatario fructus eſt, obſervetur *l. ult. D. de ſupellectile legata.*

Sed liquet, ad fructuarium pertinere qualemcumque rei fructuariæ utilitatem: fruendi vocabulo omne fructus genus, ſive omnem animi & corporis commoditatem, utilitatemque complectente. Nec tamen hoc ſine moderatione admittendum. non enim alias obtinet, quam ſi fructuarius fructus boni viri arbitratu percipiat. habet enim in re aliena fructum, non liberum atque infinitum, qui fructus dominio ſeu proprietati cohæret: ſed uſumfructum, id eſt, fructum cui, ut ſupra dixi, uſus ineſt fruendi cauſa. ea igitur gratia oportet fructuarium non ſolum frui, ſed uti quoque: id eſt, rem fructuariam exercere ad modum, ſive arbitrio boni viri: ſoliti, quantum in ipſo eſt, agere; ut ſalva ſit rei ſubſtantia conditioque. cæterum, ſi eam non dicam conſumat, ſed mutet, corrumpatve, quia eam non exercet ad ejus conditionem ac modum, magis abuti ea videtur; & ideo ne uti frui quidem, ubi non utitur, dici poteſt. Eſto, ſi rem fructuariam faciat deteriorem: numquam enim hoc fructuario permittit ratio uſusfructus in re aliena conſtituti ſalva ſubſtantia. ſed puta, meliorem facere. nil muto: ſi abutatur re fructuaria; id eſt, ſi ea non ad domini modum, reique conditionem utatur *l.* 7. §. *ult.* & *l.* 8. *D. de uſufructu.* Atqui licet fructuario meliorem facere proprietatem *l.* 13. §. 4. *D. eod. tit.* Nemo negat: ſi ſervet modum domini, & ejus voluntate jus ſuum metiatur: non, ſi proprio agat arbitrio, neglecta proprietarii reverentia. ſiccine? quid tu vocas melius aut deterius? non enim id ſemper natura aut reditu, plerumque utentis judicio diſtinguitur pro cujuſque copia, inopia, parcimonia, luxuria, dignitate, vilitate, aliiſque cauſis quas aut fortunæ, aut ingeniorum, aut ſeculi varietas & diſciplina probet aut caſtiget. adeo quid præſtet, eſt difficile dictu. quotiens enim fit; ut quod uni melius eſt, alteri deterius videatur; & quod huic utile eſt, illi inutile aut etiam noxium intelligatur. Quintilianus, *lib.* 3. *Inſt. Orat. c.* 7. *pag. mihi* 240. *Frugalitas,* inquit, *apud Sybaritas odio foret, veteribus Romanis ſummum luxuria crimen.* Abſit igitur, ut domini utilitas pendeat a libidine fructuarii. cur enim ſit ejus libera & infinita diſpoſitio de re aliena, invito domino: qui ei nihil præter uſumfructum, id eſt, nil niſi fructum uſu mixtum atque attemperatum, denique ad ſuum, non ad ejus modum indulſit? ſic palam Neratius *l.* 44. *D. de uſufructu.* nec eſt alius ſenſus Nervæ apud Ulpianum *d. l.* 13. §. 7: dicentis, *Eum cui ædium uſufructu legatus ſit, altius tollere non poſſe, quamvis lumina non obſcurentur quia tectum magis turbatur.* Igitur qui fructuario ex re fructuaria debetur fructus, non eſt alius, quam qui uſu, id eſt, boni viri arbitratu, ſive ad rei conditionem ab eo percipiatur. Eſt vero Ulpianus auctor *l.* 9. *D. de uſufructu,* Celſum ſcribere, etiam cogi eum poſſe recte colere. quod ut fiat, alibi demonſtrabo. Interim non omittam, quod idem Ulpianus *l.* 15. §. 6. *D. eod. tit.* proprietatis, inquit, dominus non debebit impedire fructuarium ita utentem, ne deteriorem ejus conditionem faciat.

Ego addam; quod cum hoc agit fructuarius, nil refert, utrum uſu teratur deteriorque fiat res fructuaria, an non fiat. nam dominus faciens fructuario copiam utendi fruendi re ſua, procul dubio facit ei rei terendæ poteſtatem: cum impoſſibile ſit, ut uſum accipiat res attritioni obnoxia, & uſu non teratur.

ratur. quare ſi rem terit fructuarius, domini voluntate, id eſt, jure terere videtur: ſufficitque ei, quamdiu durat uſusfructus, boni viri arbitratu uti frui; & cum finitus erit uſusfructus, reſtituere, quod ex re fructuaria, exſtabit. Exemplo ſit hoc Ulpiani *l. 9. §. 3. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat. Si veſtis uſusfructus legatus ſit, ſcripſit Pomponius, quamquam heres ſtipulatus ſit*, finito uſufructu, veſtem reddi, *attamen non obligari promiſſorem, ſi eam ſine dolo malo attritam reddiderit*. Ulpianus ſignificat, a fructuario, legato ei veſtis uſufructu, præſtari cautionem veri uſusfructus, cujus formula eſt, reddi quod inde exſtabit. ea interpoſita, fructuarium, ſi finito uſufructu, domino veſtem reddat attritam dolo malo; ei teneri ex ſtipulatu: ſin boni viri arbitratu; non teneri. atque hoc eſſe adeo exploratum in hac formula, reddi quod inde exſtabit: ut in illa, veſtem reddi, idem jus ſit. eſſe enim animum veſtem utendam fruendam dantis: ut fructuarius eam boni viri arbitratu terat. abſque enim hoc eſſet; nec jus utendi fruendi fore ei cui voluit. proinde qui ſtipulatur, veſtem reddi, finito uſufructu, tantum ſtipulari quod ex veſte exſtabit. Sic in veſte Ulpianus. Etiam in nave, legato navis uſufructu. ait enim, poſſe navigatum mitti; etſi periculum immineat *l. 12. §. 1. D. de uſufructu:* id eſt, ut ego interpretor, imminere poſſit. quomodo *videbitur* pro videri poterit, & *nocet* pro nocere poterit, in Duodecim Tabulis, & apud Labeonem accipiuntur *l. 21. D. de ſtatu liberis*. ſenſus Ulpiani eſt, Navem poſſe navigatum mitti a fructuario; etſi non ſine periculo mittatur: propter incerta maris, in quo timeri poſſit tempeſtas, ex eaque naufragium. & eſt vera Ulpiani ratio: quod navis ad hoc paratur, ut naviget. igitur ſi mare ingreditur boni viri arbitrio: id eſt, inſtructa idoneis nautis, atque opportuno tempore: (de quo adductus a Budæo Vegetius *lib. 4. Inſtitut. rei militar. c. 39.*) & naufragio pereat, aut deterior fiat: non tenetur fructuarius. quid enim imputetur utenti nave, ut debuit, arbitrio boni viri? quod ſi eam in mare miſit non opportuno navigationis tempore, (de quo idem Vegetius *d. c. 39.*) aut eam commiſit hominibus parum idoneis: contra dicendum eſt. non eſſe nave ita, ut oportet, uſum: quia non eſt uſus arbitrio boni viri *l. 16. D. de rei vindicatione*.

At ſicut fructuario jus eſt auferendi omnem fructum ex re fructuaria; modo auferat ſalva ejus ſubſtantia: ita æquum eſt, eum tueri quod accepit *l. 44. D. de uſufructu*. ſic enim nil fit, quantum ad ipſum attinet, quo minus ſalva ſubſtantia ſit. optime autem Salvianus, *De gubernatione Dei, lib. 4. pag. 67. In ipſo humano genere nullus ſit fermè hominum tam hebes qui ad hoc aliquid agat atque perficiat, ut perfecta non curet*. Igitur oportet fructuarium omnem curam quam in re ſua cuſtodienda tuendaque adhibet diligens parterfamilias, in re fructuaria adhibere: ne pereat, neve deterior fiat ejus culpa aut negligentia *l. 65. D. eod. tit. l. 1. §. ult. & l. 2. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat*. hoc vero cum dico, etiam volo, eum ferre impenſas, ad ejus tutelam neceſſarias. nec has tantum, ſed cætera quoque onera *l. 7. §. 2. l. 45. D. de uſufructu*. eſt enim rationi, ſed & utendi vocabulo, conſequens; quando uti re eſt, eam exercere, quantum poteſt ſalva ejus ſubſtantia: etiam id convenit officio boni patrisfamilias: aſſueti, rem ſuam tueri ac conſervare; eumque in finem non minus impenſas, & rei onera ſuſtinere, quam ejus commoda ſequi: uti ſuis in locis oſtendam.

Dixi, quid ſit uti & frui. ſimul, quomodo utatur fruatur fructuarius: adhuc dicendum, quando videatur uti & frui. id vero eo magis faciendum: quod cum uſusfructus ſit facultas utendi fruendi; apparet, fructus, ſi utatur fruatur fructuarius, ejus fieri voluntate domini, hac lege eos concedentis: ſi non utatur fruatur, non fieri ejus; quia verum eſt, non eſſe datos quibus non eſt uſus & fruitus. ſed placet quod Ulpianus ait, uti & frui conſiſtere ex facto ejus qui utitur & fruitur *l. unic. D. Quando dies uſusfructus legati cedat:* procul igitur dubio utitur & fruitur fructuarius, cum fructus percipit, hoc eſt, eos in uſum ſuum ſeparat a corpore ex quo ſunt nati: ut ſpica, aut fœno cæſo, aut uva adempta, aut olea excuſſa: quamvis frumentum nondum tritum, oleum nondum factum, vindemia nondum coacta ſit *l. 13. D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur*. quod ſi non ſint percepti, id eſt, a corpore ſeparati fructus: etſi potuerint percipi; non fiunt fructuarii; ſed manent domini: quia verum eſt, manere partes corporis, ex quo nati ſunt: eoque non eſſe uſum & fruitum fructuarium. Plus deſideratur: ut a fructuario ſint percepti. nam ſi per ſe decidant, aut ab alio percipiantur, a fure, verbi gratia; jam non fructuarii fiunt, ſed manent domini cujus ante fuerunt. ut enim ſint percepti; ſunt ab alio percepti, quam a fructuario. non igitur ſunt ejus a quo non ſunt percepti: quia non eſt his uſus & fruitus. Inde apud Ulpianum *l. 12. §. ult. D. de uſufructu, Julianus lib. 35. Digeſtorum tractat: Si fur decerpſerit, vel deſecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur: domino fundi, an fructuario? & putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, niſi ab eo percipiantur, licet ab alio terra ſeparentur, magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem; quoniam interfuit ejus, fructus non eſſe ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod ſi poſtea fructus eos nanctus fuerit fructuarius, fortaſſis fiant ejus. nam ſi fiunt, qua ratione hoc evenit, niſi ea, ut interim fierent proprietarii; mox apprehenſi, fructuarii efficientur: exemplo rei ſub conditione legatæ, quæ interim heredis eſt, exiſtente autem conditione, ad legatarium tranſit.*

Ve-

Verum eſt enim, condictionem competere proprietario. cum autem in pendenti eſt dominium, (ut ipſe Julianus ait in fœtu, qui ſummittitur, & in eo, quod ſervus fructuarius per traditionem accepit, nondum quidem pretio ſoluto, ſed tamen ab eo ſatisfacto) dicendum eſt, condictionem pendere, magiſque in pendenti eſſe dominium.

Superiori definitioni ſi adeſt, ut oportet, auctoritas; minus juris habebit fructuarius, quam bonæ fidei poſſeſſor. nam ejus fructus ſunt, quoquo modo a ſolo ſeparati: etſi non ab eo *l. 25. §. 1. D. de uſuris*, *d. l. 13. D. Quibus modis uſusfructus amittitur*. ſed intereſt: quod fructuarius numquam eſt dominus corporis ex quo naſcuntur fructus, tantum habet jus utendi fruendi eo: bonæ autem fidei poſſeſſor, etſi nec ipſe ſit corporis dominus, interim pro domino habetur, ubi non apparet alius. ita non poteſt fructuarius videri dominus fructuum cohærentium proprietati; quia non magis eſt partium, quam totius rei dominus: nec ſeparatorum ſit alias dominus, quam ſi eos ipſe ſeparaverit in uſum ſuum; quia ſic demum uti & frui intelligitur. contra bonæ fidei poſſeſſor, ut ipſius corporis, ſic cohærentium fructuum, quaſi partium, dominus habetur; & ſi ſeparentur, dominus manet; ſive ab ipſo, ſive ab alio ſeparentur: quia neutra perceptione fit, cur deſinant eſſe ejus cujus ante fuere; ut ex *d. l. 25. §. 1. & l. 48. D. de adquirendo rerum dominio* collegi *Probabilium lib. 2. c. 7.*

Cæterum ut refert, utrum fructus ſint percepti a fructuario, an ab alio: ita nihil intereſt, a quo ſati ſint *d. l. 25. §. 1.* adeo ſi relinquat dominus uſumfructum, fructibus maturis, poteſt fructuarius eos quos cedente legati die, adhuc pendentes aut ſtantes deprehendat, ferre: (ſic Ulpianus *l. 27. D. de uſufructu* dicit pro auferre, vel percipere: ut in *l. 12. & l. 42. §. 1. D. eod. tit.*) eo quod ſunt pars rei cujus uſum & fructum accepit: ut ut ei nullum adhibuerit culturam aut curam. Hoc in fructibus. at pone: dominus ſundi alii jam locati, deinde alii conſtituit uſumfructum. an pertinebunt ad fructuarium mercedes locati fundi? fac, placuiſſe, ei præſtari: aut, non diſplicuiſſe. at cum colono non contraxit fructuarius. non igitur aget actione locati cum colono. Sed (quod Paulus obſervat *l. 59. §. 1. D. eod. tit.*) expellet colonum: exemplo emptoris cui venditus ſit fundus, alii a venditore ante locatus *l. 9. C. de locato & conducto.* ita quod non fit directo, fiet per conſequentiam: quia adactus eo metu colonus, ultro offeret fructuario mercedes quas ei invitus ſolvere non tenebatur. niſi quid ſpecialiter fuerit exceptum. Simili ratione placet, ſi deceſſerit fructuarius, maturis fructibus, nondum tamen perceptis, eos non ad heredem ejus, ſed ad dominum proprietatis pertinere *§. 36. Inſt. de rerum diviſione*, *d. l. 13. D. Quibus modis uſusfructus amittitur*. nempe, quia eos non percepit fructuarius, nec heres poteſt percipere, extincto uſufructu. hoc in primis; ſi non ſit locatus a fructuario fundus. imo etiam ſi ſit. finge, quod eſt exemplum *l. 58. D. de uſufructu*, Titiam cui debetur uſusfructus fundi, eum locaſſe certa mercede. finge, penſiones debere inferri Kalendis Martiis (Veterum more notato jam a Dionyſio Gothofredo ad *d. l.* & nuper a P. Burmano, V. CL. *ad Petronium c. 38. p. 165.* & defunctam eſſe fructuariam menſe Decembri, jam omnibus fructibus fundi per colonos ſublatis menſe Octobri. quid dicemus, oportere heredi fructuariæ integram ſolvi penſionem, an debere eam dividi inter heredem & rempublicam cui legata eſt proprietas? Sed Scævolæ viſum *d. l. 58.* rempublicam quidem cum colono nullam habere actionem: heredem vero fructuariæ integram penſionem ſua die percepturum. recte: non enim quærendum fuit, quando venerit promiſſæ dies penſionis: ſed quando fructus a colono fructuariæ ſint percepti. quid enim verius eſt, quam penſiones a colono promitti pro fructibus, ſi qui ab eo percipiantur? ſunt autem omnes percepti menſe Octobri. quo tempore ſi a fructuaria eſſent percepti, nulla facta locatione; fuiſſent ejus, & ea decedente, ejus heredis *d. l. 13.* quid ni igitur, facta locatione, ſint ejus coloni: a quo, viva fructuaria, ejus voluntate ſunt percepti? hoc vero ſi eſt: apparet, non Rempublicam cui legata dicitur proprietas, cum colonis acturam: ſed heredem fructuariæ ad quem utique locati actio quæ defunctæ fuit, ſimul utilitatis fructuum qui ab ipſa, vel ejus voluntate a colonis ſunt percepti, tranſit: etſi uſufructu extincto morte fructuariæ.

Similis ratio eſt ejus quod Paulus *l. 26. D. de uſufructu*, *Si*, inquit, *operas ſuas locaverit ſervus fructuarius, & imperfecto tempore locationis, uſusfructus interierit: quod ſupereſt, ad proprietarium pertinebit. Sed & ſi ab initio certam ſummam propter operas certas ſtipulatus fuerit: capite deminuto eo, idem dicendum eſt.* Fructuarius ſervus operas ſuas locavit in tempus certum, verbi gratia, in quinquennium. idem ſervus mortuus eſt, imperfecto, id eſt, nondum finito tempore locationis. putat Paulus, pro quo tempore vixit ſervus, pro eo mercedem fructuario deberi: quia pro eo duravit uſusfructus, & a fructuario perceptæ ſunt ſervi operæ: de reliquo tempore non idem putat Paulus: ſcilicet, quia verum eſt, eum non percepiſſe operas ejus temporis: non perceptas autem operas non ad fructuarium ejuſve heredem, ſed ad dominum proprietatis pertinere. quod ſi eſt: conſequens eſt; ut quatenus perceptæ ſint operæ, agere poſſit fructuarii heres; quatenus non ſunt, dominus proprietatis. Atqui non ſolet ſtipulatio alicui quæſita, facile ad alium tranſire, præterquam ad heredem, vel arrogatorem. Fa-

teor, ſequentibus juris regulam. ſed in propoſito aliud placuit propter juris conditionem: qua fit, ut non tam tranſeat obligatio, quam interim in pendenti ſit *l.* 43. §. *ult. D. de Ædilitio Edicto*, utrum fructuario, an domino adquiratur: cum præſertim incertum ſit, quamdiu duraturus ſit uſusfructus. ita eſt: rei incertum facit, ut hoc utamur jure *l.* 75. §. 3. *D. de verborum obligationibus:* ut ſi uſusfructus non duret toto locationis tempore: locatio pro qua parte duravit uſusfructus, ad fructuarium ejuſque heredem pertineat: pro qua autem parte non duravit uſusfructus, locatio non ad fructuarium ejuſque heredem, ſed ad dominum proprietatis pertineat. prorſus, ut unicuique ex ea tantum adquiratur, quantum juris ratio permittit *l.* 18. §. *ult. D. de ſtipulatione ſervorum.* Sed nec hoc ſimpliciter accipiendum: ſi enim operas ſuas in quinquennium locaverit fructuarius ſervus; & medio tertio anno mortuus ſit fructuarius: ſequentium quidem annorum ſtipulatio ad proprietarium ſpectat: tertii autem anni initio pecunia ejus anni, ſive actio petendæ ejus anni pecuniæ, fructuario adquiritur *d. l.* 18. §. *ult.* ſcilicet, quia pura eſt ſtipulatio in quam certa annua quantitas deducitur §. 3. *Inſt. de verborum obligationibus.* cæterum fructuarius quamquam integram acceperit mercedem tertii anni, tenetur domino proprietatis, pro qua anni parte exſtinctus eſt uſusfructus, reſtituere quod accepit *l.* 25. §. 2. *l.* 26. *D. de uſufructu.* id vero eo diligentioris eſt obſervationis; quod hinc apparet, uſumfructum ea in ſpecie diſtingui ab annuo legato *l.* 8. *D. de annuis legatis.*

Faciamus finem juris fructuarii: ſatis enim intelligimus, eum nil habere præter jus utendi fruendi re aliena: & quid ea loquendi forma contineatur. ſaltem addam, etſi vix opus ſit, quia ultro ſequitur, fructuarium, eo quod non habet proprietatem, non poſſe manumittere, neque donare, neque legare, neque facere aliud quo proprietas mutetur & a domino rei vindicatio recedat *l.* 6. *l.* 9. *C. de uſufructu.* quin ipſe quoque uſucapere nequit: primum quia non poſſidet, nil habens præter jus utendi fruendi: deinde ſcit, rem qua utitur alienam eſſe *l.* 10. §. *ult. D. de adquirende rerum dominio.* igitur & reſcriptum eſt *l.* 8. *C. de uſufructu*, Neque fructuarium ad obtinendam proprietatem rerum quarum uſumfructum habet, neque ejus ſucceſſores, ulla temporis ex ea cauſa tenentes præſcriptio munit.

Non minus verum eſt, dominum habere plenam rei proprietatem ſtatim, ac finitus ſit uſusfructus: utique totus, §. *ult. Inſt. eod. tit.* alioquin juri accreſcendi locus eſt inter conjunctos verbis & re ſimul; vel tantum re; vel tantum verbis. quod & in proprietate contingeret. nam pluribus legatariis quoquo modo conjunctis, altero repudiante, alter totum fundum haberet. ſed in uſufructu hoc plus eſt: quia & conſtitutus, & poſtea amiſſus, nihilominus jus accreſcendi admittit: eo quod uſusfructus cotidie conſtituitur & legatur: non ut proprietas eo ſolo tempore quo vindicatur. *l.* 1. *pr.* & §. 3. *D. de uſufructu accreſcendo.* Utcumque erit: incipit dominus ſtatim ac finitus eſt totus uſusfructus, ſolidam in re habere proprietatem. oportet vero fructuarium ſublata cauſa ob quam rem accepit, quod ex ea ſupereſt, domino reſtituere. id præter Ulpianum *l.* 1. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat*, ſuo modo evincit Salvianus, *lib.* 1. *Adverſus avaritiam*, *p.* 197. verbis ſequentibus. *Si uſus rerum aliquarum cuipiam homini alterius hominis beneficio ac largitate tribuatur, iſque immemor illius a que fructum rerum indeptus eſt, avertere ab eo ipſo proprietatem præſtitæ rei atque alienare cenetur, nonne ingratiſſimus omnium atque infideliſſimus judicetur, qui oblitus ſcilicet hominis benefici ac liberaliſſimi, ſpoliare illum jure dominii velit, qui eum ipſum uſus poſſeſſione ditaverit? Et nos itaque uſum tantum earum rerum accepimus quas tenemus. commodatis enim a Deo facultatibus utimur, & quaſi precarii poſſeſſores ſumus. denique egredientes e munde iſto velimus nolimus hic cuncta relinquimus. Cur ergo cum poſſeſſores tantum uſufructuarii ſimus, quod nobiſcum auferre non poſſumus, avertere a proprietate domini atque alienare tentamus? Cur non bona fide datis a Deo reſculis utimur? Tenuimus quoad licuit, tenuimus quoad permiſit ille qui præſtitit. Quid rectius, quid honeſtius, quam ut ubi res ab eo diſcedit qui uſum habuit, revertatur ad eum poſſeſſio qui utendum conceſſit.*

Igitur rationis eſt, fructuarium domino proprietatis, finito uſufructu, reſtituere quod ex re fructuaria exſtabit: nec opus, a teſtatore juberi reſtitutionem; quin, ſi jubeatur fieri nihil agi. Huc intendit Papinianus *l.* 25. *D. de uſu & uſufructu legate:* cujus verba Florentiæ ſic eduntur. *Qui fructus prædiorum uxori reliquit, poſt mortem ejus prædia cum reditibus ad heredes ſuos redire voluit, imperitia lapſus. nullum fideicommiſſum dominus neque proprietatis neque fructus ad eos reverti dedit. etenim reditus futuri, non præteriti temporis demonſtrati videbantur.* Sic Florentiæ: obſcurius atque aſperius. Apud Haloandrum ſermone magis plano ac lucido legitur. *Qui fructus prædiorum uxori reliquit, poſt mortem ejus prædia cum reditibus ad heredes ſuos redire voluit, imperitia lapſus. Nullum fideicommiſſum dicimus neque proprietatis neque fructus ad eos reverti debere. Etenim reditus futuri, non præteriti temporis demonſtrati videntur.* Experiar tamen, an aliquibus fomentis molliri poſſit aſperitas Florentinæ lectionis, *Nullum fideicommiſſum dominus neque proprietatis neque fructus ad eos reverti dedit.* Primum *reverti dedit* ſic dicitur, ut Virgilius, *lib.* 1. *Aeneid. verſ.* 82. ait, *Tu das epulis accumbere divum.* Ex *lib.* 3. *verſ.* 77. *Immotamque coli dedit & contemnere ventos.* Neſcio, an eodem ſenſu Petronius,

Fragm.

Digitized by Google

Fragm. Tragur. c. 51. *p.* 251. dicat, *Fecit reporrigere.* Verba Petronii. *Admiſſus ergo Cæſarem eſt cum ſuo munere*, *deinde* fecit reporrigere *Cæſari*, *& illam in pavimentum projecit.* Scheſſerus legit, *Cæſarem*, & ejuſdem locutionis ſimilia duo exempla addidit ex Plauto, *Epidic.* 3. 3. & *Trucul.* 1. 2. Forſan nec mutandum apud Papinianum eſt verbum, *dominus:* eo verbo accipientibus maritum, ex more quem obſervat Nonius Marcellus, & in *l.* 57. *D. de donationibus inter virum & uxorem*, aliiſque locis notat Gulielmus Fornerius *lib.* 1. *Select. c.* XI. cui addam hoc ex Vetere Lapide apud Gruterum *pag.* 993. *Inſcr.* 7.

AUGUSTALI
DOMINO
DULCISSIMO
CONIUX FECIT

Et *pag.* 946. *Inſcr.* 9.

MAXIMO
HAVIA FORTUNATA
DOMINO ET CONIUGI
BENE MERENTI FECIT

Speciem videamus. Maritus cum legaſſet uxori fructus prædiorum; (id eſt, uſumfructum prædiorum: ut in *l.* 20. *D. de uſufructu*, & *l.* 41. *D. de uſu & uſufructu legato*) deinde hæc prædia cum reditibus poſt mortem uxoris ad heredes ſuos redire voluit. quæritur, an ſit effectus fideicommiſſi? ait Papinianus, quod dominus, id eſt, maritus, ad heredes reverti dedit, id eſt, reverti juſſit, fideicommiſſum nullum eſſe: (id eſt, nullius momenti eſſe; ut in *l.* 16. §. 1. *D. de minoribus*) ſive proprietatem ſpectemus, ſive fructus; lapſumque eſſe imperitia juris: cum jubet, a fructuaria poſt ejus mortem, prædia cum reditibus reſtitui ſuis heredibus, ultro habituris prædia & reditus pleno dominii jure, exſtincto uſufructu morte fructuariæ. non igitur valet fideicommiſſum prædiorum; id eſt, proprietatis prædiorum: neque magis fructuum futuri temporis: de quibus ſolis cogitaſſe videtur maritus: volens: uxorem poſt mortem ſuam heredibus reſtituere prædia cum reditibus ſeu fructibus: ne alioquin, ſi jubeat, etiam præteritos reſtitui fructus, ſibi contradicat: volens, uſumfructum prædiorum eſſe uxoris; & tamen perceptos fructus ab ea reſtitui.

Caput IV.

Uſumfructum Jure Civili conſtitui in corporibus, Senatuſconſulto etiam in quantitatibus & juribus.

Res poſtulare videtur, quæ ſuperiore capite ſummatim dixi de fructuarii jure, aliquot illuſtrari exemplis, pulcherrimæ indolem materiæ nobilium capitum explicatione curatius indicaturis. ſed primum videbo, in quibus rebus uſusfructus Jure Civili conſtituatur. omnes enim res aut ſunt corpora, aut quantitates, aut jura *l.* 7. *D. de exceptione rei judicatæ. l.* 30. *D. de legatis lib.* 1. quantum autem ad corpora attinet: nulla eſt dubitatio. cum enim uſusfructus ſit jus alienis rebus utendi fruendi ſalva rerum ſubſtantia: an miramur, (quod Ulpianus obſervat in *Fragm. tit.* 24. §. 26.) poſſe Jure Civili legari uſumfructum earum rerum quarum ſalva ſubſtantia utendi fruendi poteſt eſſe facultas? tales res ſunt corpora: omnibus uſum ſalva ſubſtantia recipientibus. ac jam palam Celſus *l.* 2. *D. de uſufructu*, loquens de uſufructu, *Eſt*, inquit, *jus in corpore: quo ſublato & ipſum tolli neceſſe eſt.* Nimirum vult Celſus, uſumfructum eſſe jus in corpore: cujus ſubſtantia, ubi ſub uſum cadit, perſeveret idque apparere inde, quod tale jus tollitur ſublato corpore. Ut ut erit: eſt Celſo exploratum, uſumfructum eſſe jus in corpore: & quia non diſtinguit corpora: putemus, in omnibus conſtitui ſine diſcrimine; utrum ſint mobilia, ut navis *l.* 12. §. 1. *D. de uſufructu*; an ſeſe moventia, ut ſervus & jumentum; an immobilia, ut ædes aut fundus *l.* 3. §. 1. *D. de uſufructu*, iſque Italicus, aut provincialis. illo ſenſu Gajus, omnium, inquit, prædiorum, & Paulus, cujuſcumque fundi, poteſt uſusfructus conſtitui *d. l.* 3. *l.* 6. *D. eod. tit.* ſolum igitur oportet rem cujus uſusfructus datur, eſſe corpus, ſalva ſubſtantia recipiens uſumfructum.

Utrum tamen præſentem, an & futurum? ſed puto, & futurum: ſufficere enim, a fructuario ſperari fructum corporis, etſi non ſit præſens. hac mente Paulus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 18. *Furioſi*, inquit, *& ægrotantis & infantis uſumfructum utiliter relinqui:* & cauſatur, *Horum enim alium reſipiſcere*, *alium convaleſcere*, *alium creſcere poſſe.* Idem de uſu Pomponius *l.* 55. *D. eod. tit.*

Non magis refert Juris Civilis, utrum fructuario lucrum reditumve adferat corpus, an oblectationem. eſt enim hæc animi fructus; nec improbabilis, non intercedente more humani ingenii, nec fructus fruendive appellatione. hoc probavi ſupra: ſed nil vetat, idem firmari auctoritate Marciani *l.* 41. *D. de uſufructu:* dicentis, *Statuæ & imaginis uſumfructum poſſe legari*, *magis eſt: quia & ipſæ habent aliquam utilitatem*, *ſi quo loco opportuno ponantur.* Marcianus imagines diſtinguit a ſtatuis: ut fecit quoque Paulus *l.* 17. §. *ult. D. de uſuris*, & Modeſtinus *l.* 7. §. 4. *D. Ad legem Juliam majeſtatis:* latiore, ſic opinor, imaginis, quam ſtatuæ ſignificatione. notæ certe imagines ex cera fictæ in atriis nobilium: de quibus plene V. Cl. Juſtus Lipſius, *lib.* 1. *Electorum c.* 29. dicuntur & pictæ ima-

imagines. forte eſt quoque, ubi ſint ſculptæ ex marmore, aut fuſæ ex auro, argento, ære. ita poſſit ſtatua imago dici. at non vice verſa quæ pictura eſt, ſtatua dicetur. ſit igitur imago præter fictam, etiam picta aut ſculpta aut fuſa. ſtatua tantum ſculpta aut fuſa. alterum Papinianus *l.* 12. *D. de auro, argento, mundo:* alterum Pomponius *l.* 14. *D. eod. tit.* utrumque Lactantius indicat, *De mortibus perſecutorum c.* 42. verba Lactantii corrupta ſunt, ſed ea ſic reſtituit Vir Ampliſſimus, Gisbertus Cuperus, Conſul Daventrienſis, amicus meus, quem honoris cauſa appello, *Senis Maximiani ſtatuæ Conſtantini juſſu revellebantur: & imagines cum quoque pictus eſſet, detrahebantur. & quia ſenes ambo ſimul plerumque picti erant, & imagines ſimul deponebantur amborum.* Optime. nec ſilebo, quod Eximius ille Vir Venulejum noſtrum *l.* 6. *D. ad leg. Jul. maj.* perhibentem, imagines æque conflari ac ſtatuas, quod poterat his injicere ſcrupulum, ad clypeos aureos vel argenteos in quibus Principum imagines pingebantur, erudite refert. Vult igitur Marcianus, (nam eo redeo) legari uſumfructum etiam ſtatuæ & imaginis; cauſatus, & ipſas aliquam habere utilitatem. Marcianus dicit utilitatem quæ eſt amœnitas imaginis aut ſtatuæ opportuno loco poſitæ oblectationi, aut etiam oſtentationi, ſi quos artificum manus, quod ſæpe fiebat, ad videndum invitabant etiam peregrinis ex locis: auctore Plinio *lib.* 36. *Nat. Hiſt. c.* 5. & Cicerone, *Verrina* IV. *c.* 2. & 3. quare animoſiſſime quoque comparabantur a ſtudioſis talium: ut præter Ciceronem dicto loco, de Cæſare refert Suetonius, *Julio c.* 47. & de Damaſippo Horatius *lib.* 2. *Sermon. ſat.* 3. *verſ.* 64.

Non minoris elegantiæ eſt, ſi intelligatur, ſequens Pomponii exemplum *l.* 28. *D. de uſufructu, Nomiſmatum aureorum vel argenteorum veterum quibus pro gemmis uti ſolent; uſusfructus legari poteſt.* Sed defecit in indagando Pomponii, ſenſu ſagacitas Doctiſſimorum Interpretum. utique Franciſcus Connanus, *lib.* 4. *Com. jur. c.* 1. *n.* 2. Gemmas, inquit, hic vocat, quas nos imagunculas aureas & argenteas quibus viri ad pilei aut veſtis ornatum hodie utimur. Hugo quoque Donellus, *Com. jur. lib.* 10. *c.* 3. *in fin.* ait, poſſe relinqui uſumfructum numiſmatum; ſi aurea ſint aut argentea, & his pro gemmis uti ſolent ad pilei aut veſtis ornatum: alioquin non poſſe; quia nullus ſit eorum uſus. Hoc illi: forte edocti ab Accurſio, poſteriore Gloſſa ita ſcribente. Dic ergo, quod hic erat uſusfructus in hoc, quod pro gemmis tamquam monilia portentur ad pectus. Sed longe alia fuit Pomponii ſententia. aperuero eam; demonſtrato, *numiſmata* eſſe nummos aliqua forma notave ſignatos; tum quæ ſint *vetera numiſmata*; & quid ſit, *veteribus numiſmatibus pro gemmis uti.* Primum conſtat teſtimonio Iſidori, *lib.* 16. *Origin. c.* 17. *pag.* 1225. *in fin.* addo, Ulpiani *l.* 9. §. 4. *D. Ad exhibendum*, in fine appellantis *nummos* quos in principio vocavit *numiſmata*. Inde vero emendandum hoc ejuſdem Ulpiani *l.* 27. §. 4. *D. de auro, argento, mundo. Si autem aurum vel argentum ſignatum legatum eſt, id paterfamilias videtur teſtamento legaſſe, quod ejus aliqua forma eſt expreſſum: veluti quæ Philippi ſunt, itemque nomiſmata & ſimilia.* Ulpianus Philippos diſtinguit a nomiſmatibus: cum Philippi ſint nomiſmata. Horatius *lib.* 2. *Epiſt.* 1.

— — — Incultis qui verſibus & male natis
Rettulit acceptos, regale numiſma, Philippos.

igitur ſcribo, *veluti quæ Philippi ſunt, itemque nomiſmata ſimilia.* Sequitur altera cura, quæ Pomponio ſint *vetera numiſmata aurea vel argentea:* poſſit vero exemplum eſſe in ſequentibus Suetonii verbis *Auguſto c.* 75. *Saturnalibus & ſi quando alias libuiſſet, modo munera dividebat, veſtem & aurum & argentum; modo nummos omnis notæ, etiam veteres regios & peregrinos.* Suggerit quoque exemplum Lactantius *lib.* 1. *Divin. Inſt. c.* 10. *Hunc*, inquiens, *errantem Janus excepit. cujus rei argumenta ſunt nummi veteres in quibus eſt cum duplici fronte Janus, & in altera parte navis.* Reliquum eſt, quid ſit, *veteribus nomiſmatibus uti pro gemmis.* id vero ſignificat, iis uti, non tamquam numerata pecunia: (ſic enim foret quaſi uſusfructus) ſed tamquam gemmis, ſive ita, ut gemmis uti ſolent: quomodo Juſtinianus §. *ult. Inſt. de heredum qualitate & differentia, Pro herede*, inquit, *gerere quis videtur, ſi rebus hereditariis tamquam heres utatur.* Vult igitur Pomponius, legari uſumfructum veterum numiſmatum, ſive veterum nummorum, quibus ſolent tamquam gemmis uti. is uſus erat animi oblectatio ex earum cum collectione, tum contemplatione. hunc uſum docuit me Plinius *lib.* 37. *Nat. hiſt. Proœmio.* Verba Plinii. *Gemmæ ſuperſunt, & in arctum coacta rerum naturæ majeſtas, multis nulla ſui parte mirabilior. Tantum tribuunt varietati, coloribus, materiæ, decori, violari etiam ſignis gemmas nefas ducentes. Aliquos vero extra pretia ulla taxationemque humanarum opum arbitrantes, ut pleriſque ad ſummam abſolutamque rerum naturæ contemplationem ſatis ſit una aliqua gemma. &c.* Fuiſſe autem in his & oſtentationem, idem refert Plinius *eod. lib.* 1. *c.* 1. eamque cœpiſſe a tibicine: poſtea fuiſſe hominibus, etiam ſummis admirationi. verba ex multis pauca adſcripſi. *Tertius qui eodem tempore fuit inter muſicos, Nicomachus multas gemmas habuiſſe traditur, ſed nulla peritia electas: forte quadam his exemplis initio voluminis oblatis adverſus iſtos qui ſibi hanc oſtentationem arrogent, ut palam ſit, eos tibicinum gloria tumere.* Et poſt. *Gemmas plures, quod peregrino appellant nomine dactyliothecam, primus omnium habuit Romæ privignus Syllæ Scaurus. diuque nulla alia fuit, donec Pompejus Magnus*

Digitized by Google

nus eam quæ Mithridatis regis fuerat, inter dona in Capitolio dicaret, ut M. Varro aliique ejuſdem ætatis auctores confirmant, multum prælatam Scauri. Hoc exemplo Cæſar Dictator ſex dactyliothecas in æde Veneris Genitricis conſecravit. Marcellus Octavia genitus in palatina Apollinis æde unam. Præter Plinium etiam Suetonius, *Julio c.* 47. tangit has aliaſque hujus generis delicias: de Cæſare ſic loquens, *Gemmas, toreumata, ſigna, tabulas operis antiqui, ſemper animoſiſſime comparavit.* & Horatius *lib.* 1. *Epiſt. 6. verſ.* 17.

I nunc argentum, & marmor vetus, æraque & arteis
Suſpice: cum gemmis Tyrios mirare colores.

Cæterum, ſicut Veteres in his gemmarum, quas faciebant, dactyliothecis varietatem, colores, materiam, decus, etiam illuſtrium hominum imagines, ac ſigna, ſinge, Auguſti Sphyngem, Mecænatis ranam, Syllæ traditionem Jugurthæ, ſimiliaque alia a Plinio enarrata *d. c.* 1. admirabantur: ſic magno ſtudio ac ſumptu vetera colligebant numiſmata, in quibus Regum ac Principum vultus, tum res domi foriſque geſtas, denique vetuſtatis memoriam ſibi repræſentabant. Quæ res cum ad animi cultum oblectationemque ſpectaret, etſi non daret quæſtum, habebat utilitatem: eoque recipiebat uſumfructum, ſalva poſt uſum ſubſtantia. Præter hunc quem dixi, fuiſſe & alium uſum veterum numiſmatum, in primis Alexandri Magni, refert & queritur Chryſoſtomus. verba Chryſoſtomi appoſui. ſunt autem hæc, *Ad populum Antiochenum homil.* 21. *ad finem tom.* 1. *pag.* 246. *Quid vero diceret aliquis de his qui carminibus & ligaturis utuntur, & de circumligantibus aurea Alexandri Macedonis numiſmata capiti vel pedibus? dic mihi, hæ ne ſunt exſpectationes noſtræ, ut poſt crucem & mortem dominicam in gentilis regis imagine ſpem ſalutis habeamus?*

Sed apparet, amœnitatem fructuarii corporis ejus fructui comparari: ſive de vi verbi, ſive de ratione Juris quæratur: idque procedere in his quæ non habent onus, quamquam nec augent reditus. quid, ſi talia ſint, ut in illa impendatur plus, quam de iis adquiratur? jam poſſit dubitari: quia rem ſpectantibus, magis damnum, quam fructus eſt. Varronem audi *lib.* 4. *De lingua Latina, pag.* 28. *in fin. Damnum a demptione, cum minus re factum*, (vel, ut bene legit Turnebus, *refectum*) *quam quanti conſtat.* Et Tacitus *lib.* XI *Annal. c.* 7. *Nihil*, inquit, *a quoquam expeti, niſi cujus fructus ante præviderit.* Apud Varronem quoque *De re ruſtica, lib.* 1. *c.* 2. ſic extat. *Duo in primis ſpectaſſe videntur Italici homines colendo, poſſentne fructus pro impenſa, ac labore reddere, & utrum ſaluber locus eſſet, an non, quorum ſi alterutrum decollat, & nihilominus quis vult colere, mente eſt captus, atque ad agnatos & gentiles eſt deducendus. Nemo enim ſanus mente debet velle impenſam ac ſumptum facere in culturam, ſi videt non poſſe refici. nec ſi poteſt reficere fructus, ſi videt eos fore, ut peſtilentia diſpereant.* Puto tamen, etiam in his uſumfructum videri. nam ut ait Labeo *l.* 19. *D. de ſervitutibus, quædam habere poſſumus, quamvis ea nobis utilia non ſunt.* Et clare Marcianus *l.* 41. §. 1. *D. de uſufructu, Licet prædia quædam talia ſint, ut magis in ea impendamus, quam de illis adquiramus, tamen uſusfructus eorum relinqui poteſt.* Ulpianus quoque *l.* 12. §. 3. *D. eod tit. Si*, inquit, *agrum aremus, licet tam ſterilis ſit, ut nullus fructus naſcatur, retinemus uſumfructum.* Scilicet fructus non habetur proprie & vere, niſi deductis impenſis. interim eſt hæc hominum vita; ut de ſuis rebus plerumque plus, quam in his eſt, ſperent; eoque has ſtulte adminiſtrent. ſunt etiam qui elegantiis ſuis deliciiſque adeo indulgent, ut fere his ſuas opes, ſuamque utilitatem metiantur. & ſane voluptatis materia in alienis negotiis gerendis a domini utilitate ſeparatur. ſed quid vetat, dominum cum ſibi ſuæque amœnitati ſtudet nullo alterius damno, eſſe ſuæ moderatorem utilitatis *l.* 3. §. 4. & 6. *D. de in rem verſo?* dicamus igitur, ei eſſe utilia non modo illa quæ plus lucri, quam oneris habent: ſed hæc quoque quibus plus impenditur, quam inde trahitur: ſi jucunditatem, ſi delicias præſtent; ſi quamvis non bono domini, tamen ejus negotio cedant: ut in viridariis, in aquarum ductionibus, cæteriſque luxuriæ inſtrumentis uſu venit. ac vere Salvianus *lib.* 2. *Adverſus avaritiam, pag.* 217. ait, *Omnis fructus divitiarum in uſu eſt poſitus deliciarum: alioquin remoto uſu deliciarum cauſæ opum non relinquuntur.* Sed redeo eo, unde cœpi. dixi, naturalem eſſe uſumfructum omnium rerum quæ corpore cenſentur; omnibus peræque uſum & fructum ſalva ſubſtantia admittentibus.

Quid, ſi quantitate æſtimentur: id eſt, pondere, numero, aut menſura: ut oleum, vinum, frumentum, pecunia numerata? negat Imp. Juſtinianus §. 2. *Inſt. de uſufructu*, has res naturali aut civili ratione uſumfructum recipere: præfatus, eas conſumi ipſo uſu. & recte. nam uſusfructus tam uſum, quam fructum complectitur; atque, ut ex Donato probavi ſupra, *Utimur fructibus rei quæ ab amantibus ſalvo uſu nobis ſubminiſtratur: abutimur, quando deperdimus rem & fructum. uſui eſt ager, domus; abuſui vinum, oleum & cætera hujuſmodi.* Poteſt igitur Jure Civili eſſe uſusfructus qualiumcumque corporum, nec magis ſingulorum quam plurium, aut etiam partis bonorum vel omnium: quantitatum non poteſt: auctore Ulpiano, in *Fragm. tit.* 24. §. 26. idque de ſuis temporibus in *Topicis* atteſtatur Cicero. poſtea mutata res eſt Senatusconſulto: ut Ulpianus refert *d.* §. 26. etiam Juſtinianus *d.* §. 2. & capite penultimo hujus libri dicetur. interim Ciceronis verba adſcripſi.

Non

Non debet ea mulier, cui vir bonorum ſuorum uſumfructum legavit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare id ad ſe pertinere: uſus enim, non abuſus legatus eſt, ea ſunt inter ſe contraria.

Quod de quantitatibus dixi, etiam ad jura pertinet. hac ratione non poteſt itineris, actus, viæ, aquæductus, uſus aut uſusfructus, id eſt, ſervitutis ſervitus conſtitui Jure Civili *l. 1. D. de uſu & uſufructu legato.* eſt enim uſusfructus jus in corpore *l. 2. D. de uſufructu:* contra ſervitus eſt res incorporalis, denique non corpus, ſed corporis qualitas *l. 86. D. de verborum ſignificatione:* quæ tantum animo intelligitur, cum alioquin non ſit: ſicut obligatio quoque *tot. tit. Inſt. de rebus corporalibus.* Sic ex regulis Juris: nam poſt Senatuſconſultum & hic aliud receptum eſſe, capite penultimo hujus libri apparebit.

Dixi, in quibus rebus uſusfructus Jure Civili conſtituatur. tempus eſt, ut demonſtrem quod promiſi, quid in quaque re fructuarii jus ſit. utar autem exemplis fundi, domus, ſervi & pecudis.

CAPUT V.

De uſufructu fundi, & quomodo eo utatur ac fruatur fructuarius.

Sed primo dicam de fundo: cujus ſi legatus ſit uſusfructus: eleganter ait Ulpianus, quidquid in fundo naſcitur, quidquid inde percipi poteſt, ipſius fructum eſſe: ſic tamen, ut boni viri arbitratu fruatur *l. 9. D. de uſufructu.* primum ait, in fructu eſſe, quidquid utilitatis in fundo naſcitur, quidquid inde percipi poteſt: nec refert, utrum ex fructuarii facto proveniat, puta, ſerendo; an ſponte, ut oliva, fœnum, ſilva cœdua *l. 13. D. Quibus modis uſusfructus amittitur. l. 48. §. 1. D. de uſufructu.* nam, ut Varro *lib. 4. De lingua Latina* infit, *Fructus a ferendo res: & hæ quas fundus: & hæ quæ in fundo ſeruntur, ut fruamur.* Senſus, fundi fructus eſſe, quibus fruimur; ſive eos ſponte ferat fundus, ſive hominum induſtria exercitatus; ut ſi ſeruntur. omnes igitur fundi fructus, cum induſtriales, tum naturales ſunt fructuarii, fundi dato uſufructu.

Sed utrum maturi tantum, an etiam immaturi? Et ait Javolenus *l. 42. D. de uſu & uſufructu legato*, etiam immaturos: quippe in fructu eſſe, quod ad hominis uſum inductum eſt: neque in eo naturalem maturitatem ſpectari; ſed tempus quo magis colono dominove eum fructum tollere expedit. itaque addit Javolenus, cum olea immatura habeat plus reditus, quam ſi matura legatur, non poſſe videri, ſi immatura lecta eſt, in fructu non eſſe. Et hoc Paulus in olea immatura lecta, inque ſilva cædua, & fœno immaturo cæſo probat *l. 48. §. 1. D. de uſufructu.* An recte? dubitari poteſt: quamquam enim in fundi fructu habetur, & ad fructuarium pertinet, quidquid in fundo naſcitur, quidquid inde percipi poteſt, oportet tamen boni viri arbitratu percipi *l. 9. D. eod. tit.* nec videtur oliva aut fœnum ita percipi, cum immature percipitur. nam ſi quis olivam immaturam decerpſit, vel ſegetem, immaturam deſecuit, vel vineas crudas, ait Ulpianus eum, quaſi damnum injuria dederit, lege Aquilia teneri: ſed ſi maturas, Aquiliam ceſſare: quaſi jam nulla ſit injuria, cum etiam tibi donaverit impenſas in collectionem hujuſmodi fructuum factas *l. 27. §. 25. D. Ad legem Aquiliam.* Opinor tamen, quod ad fœnum & oleam attinet, veram eſſe Pauli ſententiam: & a fructuario percepta, quamvis immatura, boni viri arbitratu percipi. nam & de fœno Plinius *lib. 18. Naturalis hiſtoriæ c. 28.* ſcribit, *Secandum, antequam inareſcat. Cato, fœnum, inquit, ne ſero ſeces: priusquam ſemen maturum ſit, ſecato.* Hæc in fœno ratio. quæ in oliva? Javolenus *d. l. 42.* ait, quod immatura habet plus reditus, quam ſi matura legatur. Quæ ſi vera ratio, certa res eſt. Sed dubiam facit Cato, *De re ruſtica c. 65.* ait enim olivam maturam domino expedire; quamquam ex immatura fiat oleum optimum. Catonis verba adſcripſi; ea verba ſunt. *Oleam, ubi nigra erit, ſtringito. quam acerba olea oleum facies, tam oleum optimum erit. domino de matura olea oleum fieri maxime expediet.* Hæc Cato. quibus accedit, quod Ulpianus *d. l. 27. §. 25. D. Ad legem Aquiliam* refert, cum qui olivam immaturam decerpſit, domino damnum injuria dare, & lege Aquilia teneri: non id dicturus, ſi immatura, quod Javolenus ait *d. l. 42.* plus reditus haberet, quam matura: nam qui alienæ rei pretium, reditumve auget, is neque domino damnum injuria dat, neque lege Aquilia tenetur. Habes tenebras. porro lucem accipe. hanc dabit maturitatis definitio. in qua (ut Plinius infit *lib. 15. Naturalis hiſtoriæ c. 3.*) error hominum falſus, exiſtimantium, maturitatis initium, quod eſt vitii proximum. Quid autem maturum ſit, A. Gellius ſic exponit *lib. x. Noctium Atticarum c. xi.* *P. Nigidius, homo in omnium bonarum artium diſciplinis egregius, Mature, inquit, eſt, quod neque citius eſt, neque ſerius; ſed medium quiddam & temperatum eſt. bene atque proprie Nigidius. nam & in frugibus & in pomis matura dicuntur, quæ neque cruda & immitia ſunt, neque caduca & decocta, ſed tempore ſuo matura adultaque.* Ita Gellius diſtinguit, olivam, crudam, & nondum inchoatæ maturitatis, ab ea cujus media ſeu vera, etiam ab ea cujus plena & decocta, maturitas eſt. hos & Columella in oliva gradus facit, *De re ruſtica lib. 12. c. 50.* Verba Colu-

Lu-

lumellæ. *Media eſt olivitas plerumque initium menſis Decembris. nam & ante hoc tempus acerbum oleum conficitur, quod vocatur æſtivum, & circa hunc menſem viride premitur, deinde poſtea maturum. Sed acerbum oleum facere patrisfamilias rationibus non conducit, quoniam exiguum fluit, niſi bacca tempeſtatibus in terram decidit, & neceſſe eſt eam legere, ne a domeſticis pecudibus, feriſve conſumatur. viridis autem notæ conficere vel maxime expedit, cum & ſatis fluit, & pretio pæne duplicat domini reditum. Sed ſi vaſta ſunt oliveta, neceſſe eſt, ut aliqua pars eorum maturo fructui reſervetur.* Hoc Columella. idem vel ſimile Plinius *lib.* 15. *Naturalis hiſtoriæ. c.* 1. verbis ſequentibus. *Ex eadem oliva differunt ſucci. Primum omnium e cruda, atque nondum inchoatæ maturitatis.* Et poſt. *Quanto maturior bacca, tanto pinguior ſuccus, minusque gratus. optima autem ætas ad decerpendum inter copiam, bonitatemque, incipiente bacca nigreſcere.* Idem rurſus *c.* 3. ejusdem libri. *Ferunt*, inquit, *frigore ſterilitatem* (Dalechampius mavult *ſuavitatem*) *fieri, ſicut copiam maturitate.* Ex hoc Plinii & Columellæ teſtimonio liquet, quod oliva immatura, ſi tamen inchoatæ maturitatis ſit, plus reditus habet, quam ea quæ eſt conſummatæ, licet iſta copioſior ſit: plus etiam, quam cruda, etſi ejus oleum ſapore ſit præſtantiſſimum. Igitur ſi quidem fructuarius hanc aut illam decerpit, arbitratus, ad uſum ſuum pertinere, quia domini voluntate atque exemplo decerpit: videtur eam boni viri arbitratu decerpere. quod ſi hanc aut illam decerpat alius domini voluntate & jure deſtitutus: e diverſo placet, eum domino damnum injuria dare, & idcirco lege Aquilia teneri. quod ſi maturam colligit, id eſt, nigreſcentem & inchoatæ aut etiam abſolutæ maturitatis; jam neque videtur domino damnum injuria dare, & fere impenſas quas in collectionem fecit, ei donare *l.* 27. §. 25. *D. Ad legem Aquiliam.* Hæc tam varie: quia non debet alius domino præſcribere, quid ex re ſua ſibi utilius aptiuſve exiſtimet. at in perſona domini, ſuo commodo ſtudentis ſine alterius damno, vere dicetur, eum ſuæ rei, etiam in abutendo, eſſe moderatorem: & ideo etiam illa quæ minus lucri habent, ei utilia intelligi, ſi delicias & jucunditatem præſtent, & ejus negotio cedant, quamvis non bono.

Cæterum ut fructuario competat jus percipiendi omnem fundi utilitatem: vult tamen Ulpianus, *d. l.* 9. *D. de uſufructu*, id tum eſſe; ſi eam percipiat boni viri arbitratu. nam, ut ſupra dixi, oportet eum non frui tantum, ſed uti quoque: id eſt, ita ne abutatur. Indubitatum hoc: ſi fructuarius fundum abutendo faciat deteriorem: ut ſi arbores frugiferas exſcindat, aut villam diruat, aut quidquam faciat in perniciem proprietatis *l.* 13. §. 4. *D. de uſufructu.* Sed quid, ſi meliorem faciat? jam in anteceſſum oſtendi, hoc fruſtra quæri: abuſu ſemper deteriorem faciente proprietatem, etiam cum videtur facere meliorem. adeo verum eſt, ea vocabula non natura, ſed domini ſtudio atque affectu diſtingui. reſpicis? nil certius vel in fundi uſufructu. fac, divitem & ſplendidum dominum non frugalitati ſervire, ſed voluptati: ita eſſe cui, ut Manilius ait *lib.* 4. *Aſtronomic.*

— — — *Summum cenſus pretium eſt effundere cenſum.*

Nonne illi ſordidus videbitur fructuarius: fundi utilitatem ad ſuam ſeveritatem, non ad domini magnificentiam exigens? fac, diligentem eſſe patremfamilias. placebit ei hoc Varronis *lib.* 1. *De re ruſtica c.* 5. *Agricolæ ad duas metas dirigere debent, ad utilitatem & voluptatem. utilitas quærit fructum, voluptas delectationem. priores partes agit quod utile eſt, quam quod delectat.* Rurſus finge, pauperem aut modicum dominum non ſufficere impenſis, quas deſiderent opera alioquin idonea. fiet ei deterior fundus, etſi potenti melior ſit. adeo, ut Columella refert, *De re ruſtica lib.* 1. *c.* 1. *Qui ſtudium agricolationi dederit, antiquiſſima ſciat hæc ſibi advocanda, prudentiam rei, facultatem impendendi, voluntatem agendi. nam is demum cultiſſimum rus habebit, ut ait Tremellius, qui & colere ſciet, & poterit, & volet. neque enim ſcire, aut velle, cuiquam ſatis fuerit ſine ſumptibus quos exigunt opera; nec rurſus faciendi aut impendendi voluntas profuerit ſine arte.* Sed etſi impenſas facile ſuſtineat dominus: ubi tamen magnas facere eum oportebit; veriſſime obſervat Plinius, *lib.* 18. *Nat. hiſt. c.* 5. *Agro, ut homini, quamvis quæſtuoſus ſit, ſi tamen & ſumptuoſus, non multum ſupereſſe.* In laudibus villæ Plinii Junioris *lib.* 2. *Epiſt.* 17. *Villa uſibus capax, non ſumptuoſa tutela.* Ita ſive melior, ſive deterior fiat fundus; prope eſt, ut fructuario non abuſus, ſed uſus, conceſſus eſſe videatur; ſitque ei jus, excolere quod invenit, dum ejus qualitatem non immutet. Exemplum elegans apud Ulpianum in *l.* 13. §. 4. *D. de uſufructu.* verba ejus. *Etſi forte voluptate fuit prædium, viridaria vel geſtationes vel deambulationes arboribus infructuoſis opacas atque amœnas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid quod ad reditum ſpectet.* Haloander pro *voluptate fuit prædium*, quomodo Florentiæ edit Taurellius, legit, *voluptarium fuit prædium.* rectius: nam apud Salluſtium quoque, *Bello, Catilinario c.* XI. reperias, *loca amœna voluptaria*; & apud Juſtinum *lib.* 31. *in fine*, *Poſſeſſiones voluptarias.* Malim tamen, *voluptare fuit prædium:* ut in Notis marginalibus conjiciunt Ruſſardus & Charondas: & ex his (ſic puto) exhibet V. Cl. Juſtus Lipſius, *Centur.* 3. *Miſcell. Epiſt.* XI, non addito tamen ejus ſcripturæ firmamento. mihi vero probabile eſt, Veteres æque *voluptare* dixiſſe ac *voluptarium:* quomodo *peculiare* in *l.* 1. §. 2. *D. de tributoria actione*, *l.* 28. §. 1. *D.*

de pigneratitia actione, & *peculiarium* in *l.* 4. §. 5. *D. de peculio*, *l.* 4. §. *ult. D. de doli mali exceptione*, & alia ejus generis eos uſurpaſſe, *in Parergis* docuit me Vir Eruditiſſimus, Barnabas Briſſonius *p.* 676. *& ſeq.* Sit igitur apud Ulpianum voluptare prædium: in quo viridaria, geſtationes, & deambulationes, arboribus infructuoſis opacæ atque amœnæ: id eſt, loca in quibus paterfamilias ambulet, vel geſtetur ſella, lectica, vel vehiculo, ſanitatis vel amœnitatis gratia. talia enim loca geſtationes & deambulationes appellari, jam notum eſt diligentia Juſti Lipſii *d. loc.* & Guidonis Pancirolli *lib.* 1. *Theſaur. var. lect. c.* 55. Et eſt exemplum hujuſmodi prædii in villa Plinii, de qua ipſe ſic *lib.* 5. *Epiſt.* 6. *Multa in hac* (villa) *membra: atrium etiam ex more veterum, ante porticum xyſtus conciſus in plurimas ſpecies, diſtinctuſque buxo, demiſſus inde, pronuſque pulvinus, cui beſtiarum effigies invicem adverſas buxus inſcripſit. Acanthus in plano mollis, & pene dixerim liquidus. ambit hunc ambulatio, preſſis varieque tonſis viridibus incluſa: ab his geſtatio in modum circi quæ buxum multiformem, humileſque & retentas manu arbuſculas circumit. omnia maceria muniuntur. hanc gradata buxus operit & abſcondit.* Detur igitur ejuſmodi voluptaris prædii uſusfructus. an poterit fructuarius illa quæ dixi, amœnitatis inſtrumenta dejicere: ut hortos faciat olitorios, vel aliud quod ad reditum ſpectet? negat Ulpianus. atqui faciet ſic fructuarius utiliorem proprietatis cauſam. ſed non idcirco meliorem: imo deteriorem, invito domino.

CAPUT VI.

Fructuarium cui competit uſusfructus fundi, uti fundi ſervitutibus. etiam omnibus ejus partibus: ut cretifodinis, arenifodinis, lapidicinis, aliiſque metallis a domino inſtitutis. quid ſi ipſe velit nova inſtituere: an poteſt? & quando? acceſſione alluvionis augeri fundi uſumfructum: an & inſula juxta fundum nata in flumine? non videri.

Igitur apparet, quidquid in fundo naſcitur, quidquid inde percipi poteſt, fructuarii fieri perceptione; ſi boni viri arbitratu utatur & fruatur. Ipſum autem fundum accipi oportet, non ſimpliciter, ſed qualis eſt cum juribus ei inhærentibus. ita non minus poteſt fructuarius fundi ſervitutibus, quam ipſo fundo uti frui: quia verum eſt, eas non hominis, ſed prædii eſſe *l.* 20. §. *ult. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum:* denique jura prædiorum ſunt prædia qualiter ſe habentia, ut bonitas, ſalubritas, amplitudo *l.* 86. *D. de verborum ſignificatione:* & optime ſequens Lapis apud Gruterum, *pag.* 201. *Inſcript.* 3.

PER HANC
VIAM . FUNDO
C. M. C. L.
PHILERONIS
ITER ACTUS
DEBETUR

Id uſque adeo placet: ut ſi quis non patiatur, fructuarium uti frui prædii ſervitute; perinde habeatur, ac ſi non patiatur, eum fundo uti frui: quia non patitur, eum fundo cum ſuis qualitatibus uti frui *l.* 1. *D. Si uſusfructus petetur.*

Vix opus admoneri, fundi appellatione omnes fundi partes comprehendi: quando fundus eſt integrum aliquid *l.* 60. *D. de verborum ſignificatione*, quod ſuis conſtat partibus. igitur dato fundi uſufructu, non circumſcribitur fructuarius hac aut illa parte: ſed poterit omnibus partibus uti frui. Ea ratione Ulpianus *l.* 9. §. 1. *D. de uſufructu* ſcribit. *Si lapides in eo fundo ſint, eorum quoque uſusfructus ad eum pertinet.* Florentiæ editur, *apes:* quomodo & Græci, *Baſilic. lib.* 16. *tit.* 1. *pag.* 246. *tom.* 2. nec improbo. paſſim tamen ſcribitur *lapides:* & ipſe hoc malim. addam tantum, quod Ulpianus non ait, lapides, qui in fundo ſint, ad fructuarium pertinere; (quod Accurſius voluit, qui & *uſumfructum* pro dominio imperite accepit) ſed Ulpianus ait, lapidum uſumfructum, ſi lapides in fundo ſint, ad fructuarium pertinere. dubito autem, an per *lapides* intelligat lapidoſam fundi partem quam Paulus *l.* 13. *D. de rebus eorum qui ſub tutela* vocat fundum *ſaxoſum:* ut ſenſus Ulpiani ſit: ſi aliqua fundi pars ſit ſaxoſa, etiam ejus uſumfructum ad fructuarium pertinere. Quid, ſi lapidicinæ ſint, vel cretifodinæ, vel arenæ? (Plinius *lib.* 36. *Nat. hiſt. c.* 23. facit tria harenæ genera: foſſitiam, fluviatilem, & marinam.) ait Ulpianum §. 2. *d. l.* 9. *Sed ſi lapidicinas habeat, & lapidem cædere velit, vel cretifodinas habeat, vel arenas: omnibus his uſurum Sabinus ait, quaſi bonum patremfamilias. quam ſententiam puto veram.* Sic: ſi hujuſmodi ſodinæ, vel lapidicinæ, a teſtatore ſint inſtitutæ. ſed finge, inveniri poſt legatum uſumfructum. ait Ulpianus *d. l.* 9. §. 3. *Sed & ſi hæc metalla poſt uſumfructum legatum ſint inventa, cum totius agri relinquatur uſusfructus, non partium, contineantur legato.* Florentiæ eſt. *Sed ſi hæc.* at probo vulgatam lectionem, *Sed & ſi hæc:* quam pleræque ſervant editiones, & præfert Ruſſardus. porro *Metallum* generale vocabulum eſt, pertinens ad omnia quæ e terræ viſceribus eruuntur *l.* 13. §. 5. *D. eod. tit. & l.* 3. §. *ult. D. de rebus eorum qui ſub tutela.* Ita ſenſus Ulpiani eſt, cum legatus eſt fundi

uſus-

uſusfructus; non intelligi legatum alicujus partis, ſed totius fundi uſumfructum. poſſe igitur fructuarium fundo toto, atque omnibus ejus partibus uti frui. adeo ſi inſtitutæ jam a teſtatore ſint lapidicinæ, & lapidem cædere velit fructuarius, vel ſi ſint cretifodinæ, vel arenæ; omnibus his velut partibus uſurum, exemplo boni patrisfamilias. imo ſi hæc metalla demum poſt legatum uſumfructum ſint inventa; etiam ipſorum uſumfructum, quaſi partium fundi, legato contineri. Sic Ulpianus: & recte. Niſi quis metuat: ut fructuarius, inſtitutis a ſe metallis, videatur prædio ruſtico boni viri arbitratu uti frui: cum ea ad fundi culturam, remque ruſticam parum pertineant. Sed non hoc periculum eſt. ut enim ad agriculturam proprie non ſpectent metalla: patriſamilias tamen bono & diligenti, ſi in quo agro idonea eſſe poſſint, negligenda non eſſe, Varro commode opinatur *lib.* 1. *De re ruſtica c.* 4. ſic ſcribens. *Sed neque lapidicinæ, neque arenariæ, ad agriculram pertinent, ſic ſiglinæ, neque ideo non in quo agro idoneæ poſſint eſſe, non exercendæ, atque ex eis capiundi fructus.* Poteſt igitur fructuarius vel vetera metalla exercere, vel nova inſtituere.

Nec tamen hoc ſemper ei licere, arbitratus olim ſuit Ulpianus *l.* 13. *§.* 5. *& 6. D. de uſufructu:* nunc alio flectunt adulterata ejus verba. ſubjeci ea qua eduntur forma: vocaturus ad diligentius examen; mox etiam emendaturus. Ulpiani verba. *Inde eſt quæſitum, an lapidicinas vel cretifodinas, vel areniſodinas ipſe inſtituere poſſit? Et ego puto etiam ipſum inſtituere poſſe, ſi non agri partem neceſſariam huic rei occupaturus eſt. Proinde venas quoque lapidicinarum, & hujuſmodi metallorum inquirere poterit: ergo & auri, & argenti, & ſulphuris, & æris, & ferri, & cæterorum fodinas, vel quas paterfamilias inſtituit, exercere poterit, vel ipſe inſtituere, ſi nihil agriculturæ nocebit. Et ſi forte in hoc quod inſtituit, plus reditus ſit, quam in vineis, vel arbuſtis, vel olivetis, quæ fuerunt: forſitan etiam hæc dejicere poterit, ſiquidem ei permittitur meliorare proprietatem. §. 6. Si tamen quæ inſtituit uſufructuarius, aut cœlum corrumpant agri, aut magnum apparatum ſint deſideratura, opificum forte, vel legulorum, quæ non poteſt ſuſtinere proprietarius: non videbitur viri boni arbitratu frui.* Quid hic Ulpianus? Primum ait, fructuario eſſe jus, lapidicinas, vel cretifodinas, vel areniſodinas, inſtituere; ſi quæ in fundo idoneæ eſſe poſſint, etiamſi nullæ ſint a domino inſtitutæ: nec tamen hoc ſemper jus eſſe; ſed *ſi non agri partem neceſſariam huic rei occupaturus eſt.* ſcilicet, quia aliter exiſtimantibus, non videretur fundo, ſalva ejus conditione, id eſt, boni viri arbitratu, uri frui. Deinde hinc infert Ulpianus, quod poteſt quoque fructuarius venas lapidicinarum & hujuſmodi metallorum inquirere. præterea poteſt auri, & argenti, & ſulphuris, & æris, & ferri, fodinas exercere, ſi quas paterfamilias, id eſt, proprietarius, inſtituit. quod ſi is nullas exercuit; adhuc poteſt ipſe novas inſtituere: utique, *ſi nihil agriculturæ nocebit.* ſic enim rurſus definit Ulpianus: & hanc addit cauſam quæ veriſſima eſt: quod ei permittitur meliorare proprietatem: dum, ſic opinor, ejus qualitatem non immutet: hoc vero non facit, ex agricultura quæ fuit, nihil informans, tollenſve: ut ſi neque vineas, neque arbuſta, neque oliveta quæ fuerint, dejiciat. Quamquam hoc quoque caſu, ſi quæ inſtituat fructuarius, magnum apparatum ſint deſideratura, forte opificum, vel legulorum, eaque ſuſtinere nequeat proprietarius, non videtur Ulpiano fructuarius boni viri arbitratu uti frui. ſine dubio convenienter huic Columellæ, *lib.* 1. *De re ruſtica, c.* 1. dicentis, *Qui ſtudium agricolationi dederit, antiquiſſima ſciat hæc ſibi advocanda, prudentiam rei, facultatem impendendi, voluntatem agendi.* Idem eſſe, Ulpianus ait, ſi quæ inſtituit fructuarius, cœlum corrumpant agri. Nam & Varro *lib.* 1. *De re ruſtica c.* 5. *Utiliſſimus*, inquit, *is eſt ager, qui ſalubrior eſt, quam alii, quod ibi fructus certus, contraque in peſtilenti calamitas quamvis in feraci agro colonum ad fructus pervenire non patitur. Etenim ubi ratio cum orco habetur, ibi non modo fructus eſt incertus, ſed etiam colentium vita. Quare, ſi ſalubritas non eſt, cultura non aliud eſt, quam alea domini vitæ, ac rei familiaris.* Sic, ſi fructuarius, inſtitutis a ſe fodinis, nihil principaliter noceat agriculturæ. An idem dicemus, ſi vineas, vel arbuſta, vel oliveta, quæ fuerunt, velit dejicere? ſed non puto. non enim dubito, quin ſic palam ſit agriculturæ nociturus. quod eum facere prohibet Ulpianus. Nam ad agriculturam omnia hæc pertinere, vel Cato oſtendit, *De re ruſtica c.* 1. *Prædium*, inquiens, *quod primum ſiet, ſi me rogabis, ſic dicam. De omnibus agris optimoque loco ſi emeris jugera agri centum, vinea eſt prima, ſi vino multo ſiet, ſecundo hortus irriguus, tertio ſalictum, quarto oletum, quinto pratum, ſexto campus frumentarius, ſeptimo ſilva cædua, octavo arbuſtum, nono glandaria ſilva.* Verum demus, e metallis majores ſperari reditus, quam e vineis, olivetis, aut arbuſtis. an ideo dicemus, dejecturum ea fructuarium? nequaquam. Atqui Ulpianus *d. l.* 13. *§.* 5. *D. de uſufructu, Et ſi forte*, inquit, *in hoc quod inſtituit, plus reditus ſit, quam in vineis, vel arbuſtis, vel olivetis quæ fuerunt; forſitan etiam hæc dejicere poterit.* Qui poteſt? ut enim prætercam, *ſpem* (auctore Seneca, *Epiſt.* x.) *incerti boni nomen eſſe:* quis, niſi ſtultus, aut inſanus, vineas, vel arbuſta, vel oliveta, metallis mutet magnis præſertim impenſis quas eæ fodinæ deſiderant, niſi ex his majores ſperet reditus, quam ex vineis, arbuſtis, aut olivetis? nemo unus. non enim fodinæ ad amœnitatem, in quam

impenſæ etiam ſtultæ & inanes plerumque fiunt, ſed ad utilitatem, referuntur. Ulpianus tamen non patitur, fructuarium metalla inſtituere, niſi ſi non ſit neceſſariam agri partem huic rei occupaturus, neque agriculturæ nociturus. Igitur ſi ad Ulpianum ſpectamus, non debet fructuarius, quo ex metallis majores inveniat reditus, quam ex agricultura, vel vineas, vel arbuſta, vel oliveta dejicere: quia non debet metalla inſtituere ſpe majoris utilitatis; niſi his non ſit occupaturus neceſſariam agri partem, nec agriculturæ nociturus. Et ſi rem putamus: quod fructuario jus eſt, conſtituto ei non dominio, quod fructu libero atque infinito cenſetur; ſed uſufructu, hoc eſt, fructu qui uſu coërcetur, & ideo proprietarii modo ac rei conditione circumſcribitur: ut de domini utilitate, eo invito, diſponat, & alieni fundi uſum faciat alium, quam ei dominus conceſſit? Atque hoc Neratius in domus uſufructu indigitat *l.* 44. *D. de uſufructu:* nec is tantum, ſed Ulpianus quoque *l.* 7. §. *ult.* & *l.* 8. *D. eod. tit.* Adeo quoties de fructuarii jure diſputatur, numquam quæritur, quantos percipiat fructus, ſed an eos quos percipit, ad rei conditionem percipiat. An aliud agit Ulpianus *l.* 13. §. *ult. D. eod. tit.* ſcribens, ſi domus uſusfructus legatus ſit, fructuarium illic meritoria facere non debere; nec domum per cænacula dividere; nec balneum ibi facere; & ſi balneum ſit in domo, uſibus dominicis ſolitum vacare in intima parte domus, vel inter diætas amœnas, non recte, nec ex boni viri arbitratu facturum, ſi id locare cœperit; ut publice lavet? Sed res certa; & ſubjicit Paulus *l.* 14. *D. eod. tit.* *Licet multo minus ex ea re fructum percipiat.* ſic Florentiæ editur: ſed ſcribo, *fructUm*; id eſt, *fructuum:* quomodo eſt in aliis libris. Scio, Dionyſium Gothofredum, V. Cl. ad *d. l.* 13. §. 5. *lit. E.* domum ſeparare a fundo: & ſi fundi uſusfructus ſit, exiſtimare, eum vel formæ mutatione meliorem a fructuario fieri poſſe: ſi domus, non poſſe: alteroque caſu annonæ utilitati, altero urbis decori adverſus ruinas conſuli. Sed ea Gothofredi ſententia minime vera eſt. Primum, quod periculum eſt: ne urbs ruinis deformetur; ſi fructuarius ædium parietibus qui rudes eſſent, novum tectorium, id eſt, novam incruſtationem, velit imponere? Negat tamen Neratius, facturum id ſuo jure fructuarium *d. l.* 44. *D. eod. tit.* Sed & ſi balneum in intima domo ſolitum ſit vacare dominicis uſibus, atque id locare cœperit fructuarius, ut publice lavet; aut ſi in domo diverſoria, vel alia meritoria facere velit: quis metuat, ne ſic ruina urbis dignitas deformetur? Tamen hæc & ſimilia fructuario concedenda eſſe, Ulpianus negat *d. l.* 13. §. *ult.* nec aliam ob cauſam, quam quod non recte, nec ex boni viri arbitratu, ſit facturus. Non igitur placet Gothofredi ſententia, quantum attinet ad urbana prædia. Nec venuſtior eſt circa ruſtica. quid enim annonæ cum lapidicinis aut metallis de quibus loquitur Ulpianus *d. l.* 13. §. 5. cum præſertim non hic quærat Ulpianus, utrum lapidicinæ, aut metalliſodinæ, poſſint a fructuario converti in agros fertiles: ſed an vineæ vel arbuſta vel oliveta poſſint a fructuario dejici, ut venas lapidicinarum & hujuſmodi metallorum inquirat. qua in re tantum abeſt, ut annonæ favor vertatur: ut e contrario quæratur; an agriculturæ nocere poſſit fructuarius, lapidicinis & metallifodinis inſtitutis; modo ſi ex his majores reditus, quam ex vineis, arbuſtis, vel olivetis, id eſt, ex agricultura, ſperare poſſit. Non igitur probari poteſt Gothofredi ſententia: verumque eſt, fructuarium, neque a domus, neque a fundi, conditione recedere poſſe; ſive deteriorem, ſive meliorem, utilioremque, domum aut fundum facere velit. Nec jam verbis opus. intelligitur id ipſius teſtimonio Ulpiani: in §. 4. *d. l.* 13. hoc eſt, eo in loco ex quo in §. 5. facit deinde illationem ad metallifodinas, lapidicinaſque, ſic ſcribentis, *Si forte voluptare fuit prædium, viridaria, vel geſtationes, vel deambulationes, arboribus infructuoſis opacas atque amœnas habens, non debet dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid quod ad reditum ſpectet.* Poſtremo non omittam, quod Ulpianus §. 6. *inſequente*, id eſt, ipſo in loco quo de agitur, ſcribit, fructuarium, inſtituentem metalla quæ aut agri cœlum corrumpant, aut majorem apparatum ſint deſideratura, quam ſuſtinere poſſit proprietarius, non videri boni viri arbitratu frui. Hoc enim quo pertinet? niſi ut probet, eum, quamvis ex metallis majores, quam ex agricultura, reditus ſit percepturus, tamen agriculturæ quam invenit, conditionem mutare non poſſe. Hæc, inquies, quo pergunt? nempe, ut oſtendam, hunc verſum qui eſt §. 5. *d. l.* 13. *Et ſi forte in hoc quod inſtituit, plus reditus ſit, quam in vineis, vel arbuſtis, vel olivetis quæ fuerunt, forſitan etiam hæc dejicere poterit*, Ulpiani verbis miſceri male: cum ſit Interpretis, Veteris quidem, ſed neque ad Ulpiani mentem, neque ad Juris rationem attendentis; & ſequentia Ulpiani verba, *Siquidem eſ permittitur meliorare proprietatem*, inconſideratius explicantis. An eſt probabile, Ulpianum, id eſt, hominem doctum ac ſapientem, in re minime controverſa, ſcripſiſſe ſecum, & cum Civili Jure, tam manifeſte pugnantia? Mihi quidem non placet: etſi non ignoro, eum verſum etiam exſtare apud Græcos, *Baſilic. lib.* 16. *tit.* 1. *tom.* 2. *pag.* 250. Sed id non alio pertinet, quam ut liqueat, jam olim deformatum eo fuiſſe Ulpianum. Igitur ut hunc Græci quoque indigitent, tamen ne Ulpiano ſomnus, ne quid gravius dicam, ſurrepſiſſe videatur, ego eum interpolatione tam ſeditioſa & male cohærente liberandum cenſeo. interim quo cla-

clarior fiat Ulpianeæ forma diſſertationis, uno conſpectu integram exhibebo, conjunctis verbis §. 4. 5. & 6. d. l. 13. *Fructuarius cauſam proprietatis deteriorem facere non debet: meliorem facere poteſt. Et aut fundi eſt uſusfructus legatus, & non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis.* † *Et ſi forte voluptare fuit prædium, viridaria vel geſtationes vel deambulationes arboribus infructuoſis opacas atque amænas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum ſpectat.* §. 5. *Inde eſt quæſitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipſe inſtituere poſſit? Et* [*ego*] *puto etiam ipſum inſtituere poſſe, ſi non agri partem neceſſariam huic rei occupaturus eſt.* † *Proinde venas quoque lapidicinarum, & hujuſmdi metullorum inquirere poterit. Ergo & auri, & argenti, & ſulphuris, & æris, & ferri, & cæterorum fodinas, vel quas paterfamilias inſtituit, exercere poterit, vel ipſe inſtituere, ſi nihil agriculturæ nocebit,* * *ſiquidem ei permittitur meliorare proprietatem.* §. 6. *Si tamen quæ inſtituit uſufructuarius, aut cœlum corrumpant agri, aut magnum apparatum ſint deſideratura, opificum forte vel legulorum quæ non poteſt ſuſtinere proprietarius: non videbitur boni viri arbitratu frui.*

A §. 3. *d. l.* 9. *D. de uſufructu* pergo ad §. 4. mox inſequentem. dixi enim de fundi parte quæ jam fuit tempore conſtituti uſusfructus. poteſt vero etiam eſſe inſpectio circa partem deinde ſubnatam. verba ejus §. ſunt. *Huic vicinus tractatus eſt qui ſolet in eo quod acceſſit tractari: & placuit, alluvionis quoque uſumfructum ad fructuarium pertinere. ſed ſi inſula juxta fundum in flumine nata ſit, ejus uſumfructum ad fructuarium non pertinere Pegaſus ſcribit; licet proprietati accedat: eſſe enim veluti proprium fundum cujus uſusfructus ad te non pertineat. quæ ſententia non eſt ſine ratione. nam ubi latitet incrementum, & uſusfructus augetur: ubi autem apparet ſeparatum, fructuario non accedit.* Proponitur inſula in flumine nata juxta fundum fructuarium. etiam proponitur fundo fructuario pars acceſſiſſe per alluvionem. & quæritur, an utraque augeatur fundi uſusfructus? poterat videri: eo quod utraque augetur fundi proprietas. Sed non placet Ulpiano, a proprietate fieri argumentum ad uſumfructum. adeo diſtinguit inſulam in flumine natam juxta fundum fructuarium, ab ejus incremento per alluvionem. negat autem, ea inſula augeri jus uſusfructus fundi; licet proprietati accedat inſula: & pro ratione addit: quod ea inſula non eſt pars fundi fructuarii; ſed eſt ab illo evidenter ſeparata. licet igitur proprietarii fiat, tamen non auget uſumfructum: quia habetur velut proprius fundus, cujus uſusfructus ad fructuarium non pertinet. cæterum alluvionis incrementum fundo fructuario ita paulatim adjicitur: ut non appareat, quoquo temporis momento, quantum ei adjiciatur. placet igitur latentis hujus incrementi uſumfructum ad fructuarium pertinere: quia quidquid accreſcit quoquo tempore, eſt pars fructuarii fundi. nec abs re videtur, eum qui poteſt totius fundi uſumfructum ſuum dicere, ſingularum partium fundi uſumfructum ſuum dicere. qua igitur parte per alluvionem augetur fructuarius fundus, ea parte ejus uſusfructus augetur. Sic Ulpianus. At Paulus, *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 25. *Acceſſio*, inquit, *alluvionum ad fructuarium fundum, quia fructus fundi non eſt, non pertinet.* Ita editur. male. corrigo: *Acceſſio alluvionum ad fructuarium, quia fructus fundi non eſt, non pertinet.* Delevi verbum, *fundum:* quo deleto, eſt ſenſus juſtus & Ulpiano conſentiens. non enim jam negat Paulus, fructuarii fieri uſumfructum alluvionis, velut partis: ſed negat, alluvionum acceſſionem, quaſi fundi fructum, ad fructuarium pertinere. veriſſime. non enim naſcitur ea alluvio ex corpore fundi; neque igitur fructuarii eſt, ſed proprietarii. nihilominus quia fundi pars eſt: ideo verius eſt, ejus fructum ad fructuarium pertinere. Dixi quid mihi venerit in mentem. hoc vero in familiari ſermone ubi aliquando communicabam cum Eruditiſſimo meo amico, & cognato, Antonio Schultingio, Juriſconſulto & Anteceſſore Franekerano, incidebat ei, poſt aliquam deliberationem, poſſe legi, *Acceſſio alluvionum ad fructuarium fundi, quia fructus fundi non eſt, non pertinet.* eodem plane ſenſu, ſed minore molimine. quod nolui reticere.

* *Et ſi forte in hoc quod inſtituit, plus reditus ſit, quam in vineis, vel arbuſtis, vel olivetis quæ fuerunt, forſitan etiam hæc dejicere poterit.*

Caput VII.

Sub uſufructu fundi contineri uſumfructum inſtrumenti fundi. an fructuarii ſunt venationes, aucupia, piſcationes? & quid in ſeminario, ſalicto, harundineto, ſilva palari, ſilva cædua, aut alia?

Igitur dato fundi uſufructu, datus eſſe intelligitur uſusfructus omnium partium fundi. An & inſtrumenti fundi? ſuccurrit: quod inſtrumentum eſt apparatus rerum diutius manſurarum, ſine quibus exerceri nequiret poſſeſſio *l.* 12. *D. de inſtructo vel inſtrumento legato:* at fundi pars non eſt: ſicut nihil fundi eſt, niſi quod terra ſe tenet *l.* 17. *D. de actionibus empti & venditi.* igitur nec fundo legato, aliter legato cedit inſtrumentum, quam

ſi hoc ſpecialiter a teſtatore ſit expreſſum *l. ult. D. de ſupellectile legata.* Obtinuit tamen, legato fundi uſufructu, etiam inſtrumenti uſumfructum ad fructuarium pertinere *l.* 15. §. 6. *D. de uſufructu:* puto, quia uſusfructus fundi in utendo fruendo eo ad certum modum & ad tempus abſolvitur. contra perpetua eſt proprietas, & omnes in infinitum utilitates admittit: prorſus ut mutari & alienari poſſit. adeo nulla neceſſitas eſt, fundo legato, rem accipi: quaſi legatum videatur fundi inſtrumentum; eo quod licet legatario eo fundo, ſi non ad teſtatoris, certe ad ſuum modum uti. non ita eſt, legato fundi uſufructu. tum enim ſuadet interpretatio voluntatis defuncti, non minus inſtrumenti, quam ipſius fundi uſumfructum legatum videri: quia abſque eo foret; facilius poſſet poſſeſſio a fructuario ad ſuum, quam ad proprietarii, modum exerceri. igitur ut fundi inſtrumentum proprie non ſit pars fundi: tamen domini deſtinatione paratum eſt fructus cauſa, a fructuario non ſuo, ſed domini arbitrio percipiendi. pertinet igitur ad fructuarium, legato fundi uſufructu, non tantum fundi, ſed & inſtrumenti ejus uſusfructus. niſi (quod Ulpianus monet *d. l.* 15. §. 6.) contraria ſit teſtatoris voluntas: ſupervacua, ſi illa liqueat, interpretatione. cæterum placet Ulpiano in *l.* 8. *D. de inſtructo vel inſtrumento legato*, in fundi inſtrumento ponere parata fructus quærendi, cogendi, conſervandi gratia: ſimul illa in lege & ſequentibus plurima enumerare exempla. ſed in *d. l.* 15. §. 6. adfert cupas & dolia, cum defoſſa, tum alia: præterea ſerias, etiam cados & amphoras: de quibus quia egit ex profeſſo V. CL. Guido Pancirollus *lib.* 1. *Theſaur. var. lect. c.* 61. *& c.* 64. non agam actum.

Potius attingam venationes, aucupia, piſcationes, puta, ornithones, leporaria, piſcinas (quæ tria genera villaticæ paſtionis facit M. Varro, *De re ruſtica lib.* 3. *c.* 2. ex eoque A. Gellius *lib.* 2. *Noct. Attic. c.* 20.) & eſt pulchræ, nec ſatis expeditæ quæſtionis, an illorum quoque uſusfructus ad fructuarium pertineat. ſane feræ, aves, piſces, qui in fundo ſunt, non ſunt fundi fructus: non enim ex fundo naſcuntur. non etiam ſunt fundi partes: nam, ut ante dixi, nihil fundi eſt, niſi quod terra ſe tenet *l.* 15. 16. *&* 17. *D. de actionibus empti & venditi.* tamen ſi vivaria ſint, id eſt, ut A. Gellius *d. loc.* interpretatur, ſepta loca in quibus feræ vivæ paſcuntur: aut ornithones, quæ ex Varrone eidem Gellio ſunt omnium alitum quæ intra parietes villæ ſolent paſci: aut piſcinæ, quas Varro ait in aqua dulci aut ſalſa incluſos habere piſces ad villam: (Gellius ſic definit, *Lacus & ſtagna quæ piſcibus vivis coërcentur, clauſa ſuo atque proprio nomine piſcinas nominaverunt*) ſi, inquam, in fundo ſint vivaria, ornithones, aut piſcinæ, cum utique ad hoc habeatur fundus, ut ex venatione, aucupio, aut piſcatione fructus aut reditus percipiatur; ut multis docet Varro *d. lib.* 3. *c.* 1. *& ſeqq.* non abſurdum fuerit, quæſtum ex feris, avibus, aut piſcibus perceptum, fructuarii fieri *l.* 9. §. 5. *D. de uſufructu:* quia jam feræ, aves, *ac piſces*, ut non ſint fundi fructus, aut partes, adhuc in fundi inſtrumento habentur *l.* 11. *l.* 12. §. 12. *&* 13. *D. de inſtructo vel inſtrumento legato:* cujus inſtrumenti uſusfructus, niſi contraria ſit teſtatoris voluntas, ad fundi fructuarium pertinet *l.* 15. §. 6. *D. de uſufructu.* Quod, ſi non ſint vivaria, aut ornithones, aut piſcinæ, ſed ſtagna, aut ſilvæ non circumſeptæ? magis eſt, ut venatio aut piſcatio non ſit in fundi fructu. hoc Julianus vult libro ſexto ex Minicio: negans, *Venationem fructus fundi eſſe, niſi fructus fundi ex venatione conſtet l.* 26. *D. de uſuris.* Quamquam id ſic accipiendum eſt, ut fructuarius, etſi fructus fundi non conſtet ex venatione, nihilominus ſuo jure poſſit venari in fundo fructuario. nam poſſet hoc facere ſuo jure, etſi non haberet fundi uſumfructum: niſi a domino prohiberetur eum ingredi venandi gratia. quid ni igitur in eo venari poſſit, habens uſumfructum, & per eum accipiens jus ingrediendi fundum, etiam invito domino: licet fundi fructus non conſtet ex venatione. tendit huc Tryphoninus *l.* 62. *pr. &* §. 1. *D. de uſufructu:* ſed obſcuriore via, quam conveniat publico uſui. dabo igitur operam: ut ei aliquam affundam lucem, & quæſtionem curioſæ definitionis diſtinctius explicem: verba Tryphonini ſunt. *Uſufructuarium venari in ſaltibus vel montibus poſſeſſionis probe dicitur. nec aprum aut cervum quem ceperit, proprium domini capit. ſed fructus aut jure [civili] aut gentium ſuos facit.* § 1. *Si vivariis incluſæ feræ in ea poſſeſſione cuſtodiebantur, quando uſusfructus cœpit, num exercere eas fructuarius poſſit, occidere non poſſit? alias, ſi quas initio incluſerit operis ſuis, vel [poſt] ſibimet ipſæ inciderint delapſæve fuerint, hæ fructuarii juris ſint? commodiſſime tamen, ne per ſingula animalia facultatis fructuarii propter diſcretionem difficilem, jus incertum ſit, ſufficit eumdem numerum, per ſingula quoque genera ferarum finito uſufructu domino proprietatis adſignare qui fuit cœpti uſusfructus tempore.* Quia Tryphonini diſputatio eſt de venatione in ſaltibus vel montibus fructuariæ poſſeſſionis ſeu fundi, ante monebo, Saltum a Gallo Aelio libro Significationum quæ ad jus pertinent, apud Feſtum ita definiri; *Saltus eſt ubi ſilvæ & paſtiones ſunt, quarum cauſa caſæ quoque. Si qua particula in eo ſaltu paſtorum aut cuſtodum cauſa aratur, ea res non peremit nomen ſaltus.* Etiam addam, quod Virgilius *lib.* 1. *Georgic. verſ.* 140. tales ſaltus vocat *magnos*, cum uſque venationem jungit, Tryphonini exemplo, *Magnos*, inquiens, *canibus circumdare ſaltus.* Et *lib.* 2. *verſ.* 471. *Illic ſaltus ac luſtra ferarum.* Nunc reliqua perſequar. Ait Tryphoninus fructuario licere in ſaltibus vel montibus

tibus fructuariæ poſſeſſionis venari: ſive in ea ſit vivarium, ſive non ſit: ac ſi quem aprum aut cervum capiat; non proprium domini, id eſt, ut mea fert opinio, non utique, ſive non ſemper, proprium domini capere. nam ſi non ſit vivarium; nullius eſſe aprum aut cervum, libere vagantem in poſſeſſionis ſaltibus aut montibus non circumſeptis; ideoque captum a fructuario, ejus fieri occupatione, non civili uſusfructus, ſed gentium Jure. quod ſi ſit vivarium, circumſeptis ſaltibus aut montibus poſſeſſionis, in eoque vivario capiat fructuarius aprum aut cervum a domino incluſum: proprium domini capere; & captum neque civili, neque gentium jure ſuum facere: tantum illi jus eſſe, ea fera, quaſi fundi inſtrumento, uti frui ſalva ejus ſubſtantia. ſic in apro aut cervo. Quid, ſi non ipſum capiat; ſed fructus? Ait Tryphoninus, *Sed fructus aut jure civili, aut gentium ſuos facit.* Tryphoninus *fructus* pro *fœtu* accipit: quomodò Manilius *lib.* 4. de ariete loquens, infit.

In jugulumque dabit fructus & mille per artes
Vellera, diverſos ex ſe parlentia quæſtus.

Et apud Gajum *l.* 28. *D. de uſuris*, *In pecudum fructu etiam fœtus eſt: ſicut lac, pilus, & lana.* Apud Varronem quoque *lib.* 3. *De re ruſtica c.* 2. ſic extat. *In plano cohors in qua paſcebantur gallinæ, & earum fructus erant ova & pulli.* Diſtinguit igitur Tryphoninus feram a fructu, id eſt, ab ejus ſœtu: volens, feram quidem occupatione non fieri fructuarii: præterquam ſi nullius eſt; ut, ſi non ſit vivario incluſa: ſed ejus fœtum ſemper fructuarii fieri vel gentium, vel civili jure: illo, ſi ipſa fera, id eſt mater, nullius fuerit, non circumſcepto fundo: hoc, ſi domini ſit; ab eoque in fundi inſtrumento habeatur. finge, (quod eſt exemplum §. 1. *d. l.* 62.) in poſſeſſione ſunt vivaria; & cum cœpit uſusfructus, his incluſæ feræ, puta, apri vel cætera ſilveſtria animalia, in ea poſſeſſione cuſtodiebantur: (pro Veterum more de quo M. Varro, etiam A. Gellius *dd. locc.* & Plinius *lib.* 8. *Nat. hiſt. c.* 52.) quærit Tryphoninus, utrum fructuarius ea exercere quidem poſſit; occidere autem non poſſit? ea quæſtio continetur his Tryphonini verbis, *Num exercere eas fructuarius poſſit, occidere non poſſit?* Sed huic quæſtioni tacita inhæret reſponſio; etſi non appareat palam: uſitata Veteribus ratione quam ſæpe alibi indicamus. ſenſus: ſi, cum cœpit uſusfructus, feræ vivariis incluſæ, in ea poſſeſſione cuſtodiebantur; poterit fructuarius eas exercere; non poterit occidere. *Exercere* autem *feras* Accurſius exponit, cum feris ludere: eamque ſententiam ſequitur V. Cl. Antonius Dadinus Alteſerra, *ad Tryphonini lib.* 7. *Diſputat.* in expoſitione *d. l.* 62. nam *feras exercere* interpretatur, *eas duntaxat agitare delectationis cauſa.* Male. non id egit Tryphoninus. dixit, fructuarium *feras exercere*, pro habere feras ex quibus capiat utilitatem. quo ſenſu Ulpianus in *l.* 4. §. 2. *D. de edendo*, *Labeo*, inquit, *ſcribit, patrem non cogendum (edere); niſi ſciente eo argentaria exercetur. Sed recte Sabinus reſpondit, tunc id admittendum, cum patri* quæſtum *refert.* Similiter ait Ulpianus, *navem, cauponam, ſtabulum, exercere l.* 1. §. 2. *& 5. D. Nautæ, caupones, ſtabularii:* qui habet navem, cauponam aut ſtabulum, ut utilitatem ex iis percipiat. Et *exercitorem eſſe ad quem obventiones omnes & reditus perveniunt l.* 1. §. 15. *D. de exercitoria actione.* Eodem ſenſu ait, fructuarium & auri, & argenti, & ſulphuris, & æris, & ferri *fodinas exercere l.* 13. §. 5. *D. de uſufructu:* cum ex his utilitatem percipit. Item, *Inſtrumentum eſſe apparatum rerum diutius manſurarum ſine quibus exerceri nequiret poſſeſſio l.* 12. *D. de inſtructo & inſtrumento legato:* id eſt, in meliorem uſum & fructum formari. ſic enim Nonius *c.* 4. *De Varia ſignificatione ſermonum* exponit verbum *exercere* in eo Virgilii *lib.* 1. *Georgic. Exercetque frequens tellurem atque imperat arvis.* Igitur ſi feræ vivariis incluſæ, in ea poſſeſſione, ſeu eo in fundo cuſtodiebantur; cum cœpit uſusfructus: vult Tryphoninus, eſſe fructuario jus, eas exercere, id eſt, ad quæſtum & reditum habere; non etiam occidere. Atqui utrumque domini proprietatis jus eſt. Scio; & docuit me Columella *De re ruſtica lib.* 9. *c.* 1. ſequentibus verbis, *Feræ pecudes, ut capreoli, damæque, nec minus orygum, cervorumque genera & aprorum modo lautitiis ac voluptatibus dominorum ſerviunt, modo quæſtui ac reditibus.* Idem in præfatione ejuſdem libri. *Mos antiquus lepuſculis capreiſque ac ſimilibus feris juxta villam plerumque ſubjecta dominicis habitationibus ponebat vivaria, ut & conſpectu ſuo clauſa venatio poſſidentis oblectaret oculos, & cum exegiſſet uſus epularum, velut e cella promerentur.* Sed non quod domini proprietatis jus eſt, etiam hic fructuarii eſſe Tryphoninus putat. Igitur ſi cum cœpit uſusfructus, feræ vivariis incluſæ, in ea poſſeſſione cuſtodiebantur, poteſt eas fructuarius exercere; id eſt, ad reditum & quæſtum habere: occidere non poterit: quia feræ vivariis incluſæ a proprietario, ejus ſunt *l.* 3. §. 14. *D. de adquirenda vel amittenda poſſeſſione:* ſicut equi, boves, & ſimilia, fundo exercendo comparata, domini proprietatis ſunt; ab eoque in fundi inſtrumento habentur *l.* 8. *D. de inſtructo vel inſtrumento legato*; & a fructuario exerceri poſſunt, occidi non poſſunt. Sic, ſi uſufructuarius accedens, ad uſumfructum, repperit feras vivariis a proprietario incluſas. Quid, ſi quas ipſe initio operis ſuis incluſerit, vel ſi quæ ſua ſponte inciderint, delapſæve fuerint? Ait Tryphoninus, has fructuarii juris, id eſt, dominii ejus fore. Et recte. nam ante nullius fuerunt: vivario autem incluſæ a fructuario, ab eo & poſſideri & adquiri intelliguntur *d. l.* 3. §. 14.

poſ-

poſſunt igitur ab eo non tantum exerceri, ſive ad quæſtum haberi: ſed etiam occidi. interim difficilis fuerit diſcretionis, quæ animalia ex ſingulis generibus, tempore conſtituti uſusfructus, in vivariis fuerint, & quæ deinde ex his nata, aut fructuarii operis in ea dilapſa ſint: eaque obſcuritate facile poſſit incertum ac prope inutile fieri jus uſusfructus. eam igitur ob cauſam ſuadet Tryphoninus (quod eſſe boni Juriſconſulti, libro *De Eurematicis Modeſtini*, pridem demonſtravit amicus meus, Henricus Brenckman, Juriſconſultus, egregia doctrina, ut ſpero, allaturus brevi magnum arti noſtræ incrementum) cogitari de eurematico ſive temperamento quo adjuvetur fructuarius adverſus juris ſubtilitatem. id temperamentum continetur his ejus verbis: *Commodiſſime tamen, ne per ſingula animalia facultatis fructuarii propter diſcretionem difficilem jus incertum ſit, ſufficit, eundem numerum per ſingula quoque genera ferarum, finito uſufructu, domino proprietatis adſignare qui fuit cœpti uſusfructus tempore.* Tryphoninus ſignificat, fructuarium, ne ob difficilem diſcretionem, utrum animalia jam in vivariis fuerint tempore conſtituti uſusfructus; an poſt demum in ea illapſa, ibive nata fuerint, jure ſuo uti impediatur, poſſe & hæc, & illa occidere: modo per ſingula quæque ferarum genera domino proprietatis eumdem adſignet numerum qui fuit tempore cœpti uſusfructus. Quod, puto, æquum eſt: ſed neque noſtris eſt inſolens, propter difficilem diſcretionem, indulgere quod alioquin non eſſet licitum. Sic, ſi in fundo ſint vivaria.

Quid, ſi ſint apiaria? quæ Varro μελισσῶνας, & *mellaria* appellat: ut A. Gellius refert *lib.* 2. *Noct. Attic. c.* 20. Puto, eorum quoque fructum ad fructuarium ſpectare: idque indigitare Ulpianum *l.* 9. §. 1. *D. de uſufructu* ſequentibus verbis; ſi ſervamus lectionem Florentinam. *Et ſi apes in eo fundo ſint, earum quoque uſusfructus ad fructuarium pertinet.* Sic habent Pandectæ Florentini; Græci quoque: ſed in aliis libris pro *apes* conſtanter ſcribitur, *lapides.* quam ſcripturam ſupra magis probavi: etſi nec Florentinam damnarem. utcumque erit: ſi in fundo ſint apes, & fundi reditus etiam ex melle conſtet; magis eſt, eum quoque reditum ad fructuarium pertinere: quia verum eſt, jam apes ſub fundi inſtrumento contineri *l.* 12. §. 13. & *l.* 10. *D. de inſtructo vel inſtrumento legato.*

Simile putemus de ſeminario, ſalicto, harundineto, ſilva palari. eſt vero de his diligens, ſed obſcura, diſputatio Ulpiani, & Pomponii, *l.* 9. §. 6. & 7. *item l.* 10. *D. de uſufructu:* nec pigebit me, eorum verba meo more interpretari: initio facto ab Ulpiano. verba §. 6. *Seminarii autem fructum puto ad fructuarium pertinere: ita tamen, ut & vendere ei & ſeminare liceat. debet tamen conſerendi agri cauſa ſeminarium paratum ſemper renovare, quaſi inſtrumentum agri; ut finito uſufructu domino reſtituatur.* §. 7. *inſtrumenti autem fructum habere debet: vendendi tamen facultatem non habet. Nam & ſi fundi uſusfructus fuerit legatus, & ſit ager, unde palo in fundum, cujus uſusfructus legatus eſt, ſolebat paterfamilias uti, vel ſalice vel arundine: puto fructuarium hactenus uti poſſe, ne ex eo vendat. niſi forte ſalicti ei, vel ſilvæ palaris vel arundineti uſusfructus ſit legatus: tunc enim & vendere poteſt. Nam & Trebatius ſcribit, ſilvam cæduam & arundinetum poſſe fructuarium cædere, ſicut paterfamilias cædebat: & vendere, licet paterfamilias non ſolebat vendere, ſed ipſe uti; ad modum enim referendum eſt, non ad qualitatem utendi.* Primum agit Ulpianus de *ſeminario*, quod alio nomine vocatur *plantarium:* eſtque locus in quo vitium arborumve plantæ, quas Veteres appellabant ſemina, ad hoc habentur: ut adultæ cum radicibus inde transferantur in pomaria vineaſve. id (ne adducam alios jam citatos a Budæo, V. Cl. *Annotat. ad Pand. pag.* 207.) oſtendit Ulpianus *l.* 3. §. 4. *D. Arborum furtim cæſarum: Si quis,* inquiens, *ſtirpitus e ſeminario arborem tranſtulerit, antequam terram comprehenderit, arborem videri.* Igitur legato uſufructu fundi in quo ſit ſeminarium: ait Ulpianus, *d.* §. 6. ſeminarii fructum ad fructuarium pertinere: utique (ſic opinor) ſi in fundi reditu habeatur, more cæterarum partium fundi. nam legato fundi uſufructu, legatus intelligitur uſusfructus omnium partium fundi. legatus igitur videtur ſeminarii uſusfructus, tamquam partis. quo modo? ait Ulpianus, ita ut ei & vendere & ſeminare liceat. nam & proprietatis dominus eo ſeminario uſus eſt ad compendium: id eſt ad hoc, ut vendat & ſeminet. quod ſi paratum habuit ſeminarium agri conſerendi cauſa: (ut oportere bonum patremfamilias, ait Collumella, *De re ruſtica lib.* 5. *c.* 6.) contra cenſet Ulpianus §. 6. *d. l.* 9, ita demum fructuarii fore ejus fructum: ſi eo utatur pro fundi inſtrumento: id eſt, ut habeat ex quo vites plantaſve ſubſtituat in locum demortuarum arborum vitiumve: non item, ut vites plantaſve vendat. qua ratione? ait Ulpianus *d. l.* 9. §. 7. quia habet inſtrumenti fructum; vendendi facultatem non habet. poteſt igitur fructuarius ſeminario, agri conſerendi cauſa parato, uti tamquam inſtrumento ad agri uſum; non ad ſuum compendium. ſatis de ſeminario. videamus de ſilva palari, ſalicto, & arundineto, in quibus plane ſimilia. Optime ſane Columella *lib.* 3. *c.* 3. ſolere hanc quoque *dotem, id eſt,* ut inquit, *inſtrumentum vineis præparari.* Et addit *lib.* 4. *c.* 30. *Hæc quaſi quædam dotes vineis ante præparantur, quibus ſi deficitur agricola, cauſam faciendi vineta non habet, cum omnia quæ ſunt neceſſaria extra fundum quærenda ſint, nec emptionis tantum (ſicut ait Atticus) pretium onerat ruſtici rationem, ſed eſt etiam comparatio moleſtiſſima. convehenda ſunt*

enim

enim tempore iniquiſſimo hyberni. Hoc eo lubentius adſcripſi: quia non eſt ab aliis adductum; atque interim proderit præſenti loco: etiam eo clarior fiet ratio legati annui ex ſilva palari, vel ſalicti, vel arundineti, relicti prædio, opportunitate ejus inſtrumenti deſtituto, in *l.* 12. *D. de annuis legatis*, & in ſequente capite teſtamenti M. Megonii, apud Gruterum, *Corp. Inſcript. pag.* 215. *Inſcr.* 2. HOC. AMPLIUS. AB. HEREDIBUS. MEIS. VOLO. PRAESTARI. REIP. PETELINORUM. ET. A. REP. PETELINORUM. CORPORI. AUGUSTALIUM. EX. PRAEDIS. CETERIS. MEIS. PALUM. DICARE. OMNIBUS. ANNIS. SUFFICIENS. PEDATURAE. VINEAE. QUAM. AUGUSTALIBUS. LEGAVI. Igitur finge, legatum eſſe uſumfructum fundi; in eoque eſſe agrum, unde palo in fundum cujus legatus eſt uſusfructus, uti ſolet paterfamilias: finge, ſalicem eſſe: finge, harundinem. ait Ulpianus *d.* §. 7. *l.* 9, tantum uſurum his fructuarium pro fundi inſtrumento: non etiam ut vendat. ſcilicet, quia & paterfamilias iis non aliter, quam pro fundi inſtrumento utebatur: nec poteſt fructuarius re fructuaria, ejuſve inſtrumento aliter, quam ad modum patrisfamilias uti. Non idem eſt: ſi in his quoque fundi vectigal eſſe conſuevit: nam tum cæſæ arundinis vel pali compendium ad fructuarium pertinere, Paulus ſcribit *l.* 59. §. 2. *D. de uſufructu*: ſatis convenienter his quæ dixi de ſeminario, ad compendium parato. Mitto Paulum. quid Ulpianus? idem *d.* §. 7. *l.* 9. his verbis, *Niſi forte ſalicti ei vel ſilvæ palaris, vel arundineti uſusfructus ſit legatus: tunc enim & vendere poteſt.* Senſus eſt, Si forte relictus ſit uſusfructus ſalicti, vel ſilvæ palaris, vel arundineti, non tamquam inſtrumenti fundi, ſed ut ſalicti, vel ſilvæ palaris, vel arundineti, cædi & vendi ſoliti, tum fructuarium cædere ac vendere poſſe. Et adfert Ulpianus hanc Trebatii ſententiam. *Nam & ſilvam cæduam & arundinetum poſſe fructuarium cædere, ſicut paterfamilias cædebat, & vendere, licet paterfamilias non ſolebat vendere, ſed ipſe uti.* Nimirum, quia non ſpectant alio, quam ad fructum. vult igitur Ulpianus *d. l.* 9. §. 7, relicto uſufructu cæduæ ſilvæ, eam, quamvis ſoleat ſaltem in uſum patrisfamilias cædi, non hactenus quoque, ut cæſa vendatur: tamen quatenus a patrefamilias cædi ſolet, poſſe a fructuario cædi, & cæſam vendi. & præfatur Ulpianus, eſſe id ad modum referendum, non ad utendi qualitatem. hoc in tantum, ut fructuarius etiam intempeſtive cædere poſſit; perinde, ut in fœno & oliva immatura dictum ſupra. Dedi quam promiſi lucem Ulpiano *d. l.* 9. §. 6. & 7. *D. de uſufructu.*

Petit & ſibi præterri aliquam Pomponius *l.* 10. *D. eod. tit.* ait, *Ex ſilva cædua pedamenta & ramos ex arbore uſufructuarium ſumpturum: ex non cædua in vineam ſumpturum, dum ne fundum deteriorem faciat.* Silva cædua, Gajo *l.* 30. *D. de verborum ſignificatione* eſt quæ in hoc habetur, ut cædatur: modo ſucciſa rurſus ex ſtirpibus aut radicibus renaſcatur. ſic enim exaudio, quod ex Servio addit Gajus. etiam noto, quod Gajus ſeparat ſtirpes a radicibus: quomodo Cicero *lib.* 2. *De natura Deorum*, *Et*, inquiens, *arborum omniumque rerum quæ altæ aut radicibus a terra, aut ſtirpibus continerentur.* Igitur Pomponius, huc enim venio, cæduam ſilvam diſtinguit a non cædua. & ſi cædua ſit; patitur, fructuarium, quod ſolet cædi, ex ea auferre & vendere: & quidem, ſi ſic cædua ſit, ut ex radicibus renaſcatur, in fructu eſſe pedamenta: ſin ex ſtirpibus reſurgat, magis ramos: eoſque fructus utroque in caſu fructuarii arbitrio aut pro ligno adhiberi ad combuſtionem, aut pro perticis paliſve ad vineam: ſive ipſe his ſic uti malit, ſive ea vendere aliis. quod in quibuſdam quarto, in quibuſdam ſeptimo, in quibuſdam ulteriore anno fieri, Plinius refert *lib.* 17. *Nat. hiſt. c.* 20. Hoc jus cæduæ ſilvæ: & ipſum a Græcis annotatum, *Baſilic. lib.* 16. *tit.* 1. *in Scholio. tom.* 2. *pag.* 265. Quid, ſi non cædua ſit? ait Pomponius *d. l.* 10. fructuarium ex ea ſumpturum ad vineam; id eſt, ad palum & perticam; & conſequenter ad materiam, non ad lignum. perticam enim & palum non pro ligno, id eſt, non comburendi cauſa, haberi: ſed materiæ annumerari; id eſt, ad ædificandum vel fulciendum adhiberi, conſtat ex *l.* 55. & 56. *D. de legatis lib.* 3. Ait igitur Pomponius *d. l.* 10. ſumpturum ex his fructuarium non ad compendium ſuum, ſed ad vineam: dum ne fundum deteriorem faciat. grandes certe arbores non cædet, prohibente Paulo *l.* 11. *D. de uſufructu.*

Caput VIII.

Adminicula, quibus eget uſusfructus fundi, fructuario præſtanda eſſe ab herede: id obſervari: ſi legatus ſit uſusfructus fundi ad quem non ſit aditus, niſi per hereditarium fundum. Quid, ſi is fundus a teſtatore ſit legatus tertio; & heres eum poſſideat, aut legatario tradiderit? Quid, ſi ad fundum fructuarium non poſſit veniri per hereditarium; & vicinus nolit per ſuum fundum concedere aditum ad fructuarium, ne precibus quidem aut pretio? fuiſſe hic aliud Juris regulis receptum: aliud conſuetudine. ea non inductam

eſſe civilem actionem ad petendum aditum; ſed interpellationem extra ordinem, ſub ſpecie perſuaſionis; cui tamen cohæreret vis & auctoritas Prætoris: eumque colorem etiam alibi fuiſſe obſervatum in conſtitutione novi juris.

Proxima fundi inſtrumento ſunt adminicula: id eſt, ea quibus eget fundi uſusfructus. atque hæc fructuario competere, ſummæ rationis eſt: inutili futuro uſufructu non habenti ſine quibus eum omnino nequeat percipere. ſed hoc noluiſſe videtur teſtator, legans uſumfructum. contra credendus eſt, ejus datione fructuario indulſiſſe omnia ad fructuum perceptionem neceſſaria: ut in anteceſſum eſt demonſtratum. Ea ratione videtur teſtator, legans uſumfructum fundi aditu deſtituti, per conſequentiam uſusfructus legaſſe aditum: ſine quo exerceri omnino non poſſet uſusfructus. hoc: ſi de aditu nihil dixerit teſtator. verum quid, ſi uſumfructum legaverit ita, ne heres cogatur viam præſtare? puto, hoc inutiliter adjeciſſe: ne ſibi contradixiſſe exiſtimetur. ſimili ratione puto, ſi uſufructu legato, iter adimat; inutilem eſſe ademptionem: quia ſemper ſequitur uſumfructum. proinde quid eſt? ſi legetur uſusfructus fundi carentis itinere: ab herede non minus iter, quam uſusfructus debetur. utique, ſi poſſit heres fructuario præſtare aditum ad fructuarium fundum per fundum hereditarium: qui eſt ſenſus Ulpiani *l.* 1. §. 1. *D. Si uſusfructus petetur.* ſed quid, ſi non poſſit? finge: (qui eſt caſus *l.* 15. §. 1. *D. de uſu & uſufructu legato*) teſtator habens duos fundos, legat unius proprietatem Titio: alterius uſumfructum Sejo. non eſt via ad fructuarium fundum, niſi per fundum legatum. quæritur, an Sejo fructuario debeatur ſervitus per fundum Titii? dices, deberi; & recte: quia uſusfructus ſine ea nullus eſt. Verum a quo petet ſervitutem Sejus? non enim habet actionem in perſonam adverſus Titium: quia cum eo non contraxit. nec magis habet confeſſoriam in rem actionem: quia non poteſt ſervitus deberi ſoli fructuario. aget igitur Sejus adverſus heredem actione ex teſtamento. niſi & ſic fruſtra aget: quomodo enim præſtabit heres ſervitutem in fundo qui eſt jure legati ſtatim Titii factus a morte teſtatoris; ac ne momento quidem ſubſtitit in perſona heredis? ſi tamen in hereditate manſiſſet fundus per quem poteſt præſtari via: exigeret eam fructuarius ab herede ſecundum voluntatem defuncti: qui ubi legat uſumfructum, creditur quoque legare adminicula ſine quibus percipi omnino nequit uſusfructus. nunc heres rei vindicatione conventus a legatario, ab eo petet: ut fructuario præſtet jus tranſeundi, & in agris ſervetur forma quæ fuit vivo teſtatore, ſive donec uſusfructus permanet, ſive dum ad ſuam proprietatem redit. id ſi patietur legatarius; bene eſt: alioquin non concedet ei Prætor vindicationem fundi: niſi fructuario ex defuncti voluntate prius præſtiterit jus tranſeundi per ſuum fundum *d. l.* 15. §. 1. *D. de uſu & uſufructu legato.* Eodemque vertit hoc Ulpiani *l.* 44. §. *ult. D. de legatis lib.* 1. *Si duos fundos habens teſtator, alterius mihi uſumfructum, alterum Titio leget: aditum mihi Titius non debebit, ſed heres cogitur redimere aditum & præſtare.* Senſus Ulpiani. Heredem teneri, ſua opera, ſuiſque impenſis fructuario redimere, id eſt, accipere, ſive procurare ſervitutem. ut enim *emere* pro *accipere* apud Veteres ponebatur, auctore Feſto in *Redemptores:* ſic *redimere* aliquando transfertur ad qualemcumque aliam ſpeciem redemptionis, quam pecunia factam. hoc modo Tacitus, *Agricola c.* 6. §. 3. *Proconſul*, inquit, *in omnem aviditatem pronus, quantalibet facilitate redempturus eſſet mutuam diſſimulationem mali.*

Igitur ſi legetur uſusfructus fundi, indigentis itinere: fructuario tam iter, quam uſusfructus, ab herede debetur: modo ſi poſſit heres fructuario ad fundum fructuarium præſtare aditum per hereditarium fundum, licet tertio legatum. Sed quid, ſi ne ſic quidem poſſit? jam eveniet duorum alterum. aut enim inutilis erit uſusfructus, deficiente aditu: aut hic quoque aget fructuarius ex teſtamento adverſus heredem: ut cum aditu ſibi præſtet uſumfructum. Sed finge, heredem damnari ad præſtationem aditus: quomodo præſtabit aditum quem non habet? a vicino, inquies, petet precario, aut emet juſto pretio. ſed quid, ſi hic nolit ei aditum aut precibus aut pretio concedere? melius ominare. nil tamen quæro temere: nam ſi quis habeat fundum aut ſepulchrum; iter ad fundum aut ſepulchrum non habeat: ei iter a vicino aut precario dari, aut pretio vendi, ſemper quidem viſum eſt viris probis æquum ac bonum: ſed jam pridem oſtendi in *Julio Paulo, ſive de partus expoſitione & nece, c.* 10. & 11, quæ honeſtatis atque officii ſunt, ut ſemper Juris præceptis commendentur; non idcirco Juris regulis contineri; & fori neceſſitate adſtringi. id vero in propoſito uſu venit: ſi enim vicinus vicino indigenti itinere, nolit iter vendere aut precario concedere: cedo, quæ poſita fuit Jure Civili actio qua vicinus teneatur vicino iter vendere aut precario dare? nulla. Ne res careat teſtimonio, adducam Ciceronem, de ſuo tempore ita loquentem, *Pro S. Roſcio Amerino. Multa ſimul ante oculos verſabantur: mors hominis florentiſſimi S. Roſcii crudeliſſima: filii autem ejus egeſtas indigniſſima; cui de tanto patrimonio prædo iſte nefarius ne iter quidem ad ſepulchrum patrium reliquiſſet.* Interim quod Ciceronis tempore paſſæ non ſunt Juris regulæ, induxit deinde adverſus eas conſuetudo: non quidem di-

directo, ſed adhibito ſchemate. utrumque (meretur enim res) demonſtrabo. de conſuetudine ita Ulpianus *d. l. 1. §. 2. D. Si uſusfructus petetur. Sed ſi uſusfructus ſit legatus, ad quem aditus non eſt per hereditarium fundum, ex teſtamento uti agendo fructuarius conſequetur, ut cum aditu ſibi præſtetur uſusfructus.* Sic editur Florentiæ. in aliis libris eſt. *Ad quem aditus non eſt, niſi per hereditarium fundum.* atque ab his ſtare videntur Græci, *Baſilic. lib.* 16. *tit.* 6. *tom.* 2. *pag.* 285. Sed proba eſt Florentina lectio, *Ad quem aditus non eſt per hereditarium fundum.* definit enim Ulpianus in §. 1. *d. l.* 1. quid juris ſit, cum non poteſt fructuario eſſe aditus ad fructuarium fundum, niſi per hereditarium. tractanda igitur in ſequente §. 2. fuit alia ſpecies: in qua ne eſt quidem fructuario ad ſundum fructuarium aditus per hereditarium: ideoque is petendus ei eſt per vicinum alium. de quo etiam quæri ſolitum fuiſſe, conſtat ex illo Marcelli *l.* 10. *D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum. Et de illo quæro, an per alienas ædes acceſſum heres ad eam rem quæ legatur præſtare debet: ſicut ſolet quæri, cum uſusfructus loci legatus eſt, ad quem locum accedi, niſi per alienum non poteſt.* Sed de lectione Ulpiani ſatis. Tranſeo ad ſenſum. is ſenſus eſt: quod ei cui legatus eſt uſusfructus fundi cui non ſit aditus per hereditarium fundum, datur ex teſtamento actio adverſus heredem: ut eum aditu ſibi præſtet uſumfructum; etſi non poſſit ei dare aditum per hereditarium fundum: modo ſi poſſit eum a vicino emere, aut precario accipere. imo ſi non poſſit, nolente vicino iter vendere, aut precario concedere. certe non diſtinguit Ulpianus: puto, quia vicinus regulis Juris quidem non cogitur, nulla conſtituta actione jure ordinario: ſed nihilominus poteſt extra ordinem cogi a Prætore, vicino iter aut precario dare, aut pretio vendere. atque hoc Ulpiano non tantum in itinere placet, ſed etiam in via, amplius in luminibus & aquis: modo fructuarius ſine his omnino uti nequeat *d. l.* 1. §. 3. *&* 4. ſcilicet, ne quis ſuo dominio acerbe atque inhumane utatur: quo ejus vicino uſus dominii aut cujuſcumque juris inutilis ſit adverſus fidem, homini ab homine debitam jure humano, diſtinctis dominiis. Dedi Ulpiano ſenſum, atque eo probabiliorem: quia adjuvatur auctoritate Siculi Flacci, *De conditionibus agrorum*, de his omnibus ita ſcribentis. *Ad omnes autem agros ſemper iter liberum eſt. nam aliquando deficientibus viis vicinalibus per agros alienos iter præſtatur. quæ etiam conveniunt precario, uti ſervitutem præſtent his agris ad quos neceſſe habent tranſmittere pervium. nam & his verbis comprehenditur, ita ut optimus maximuſque eſt. nam & aquarum ductus ſolent per alienos agros hoc jure tranſmittere. itaque ut diximus, viæ ſæpe neceſſario per alienos agros tranſeunt: quæ non univerſo populo itinera præſtari videntur, ſed eis ad quorum onera, & eis ad quorum agros per eas vias pervenire neceſſe eſt.* Curioſe Siculus Flaccus, atque ut decuit hominem Juris peritum. niſi quid turbat quod addit de fundo, *ut optimus maximuſque eſt*, vendito. noſtri enim Juriſconſulti ajunt, ea formula in emptione & venditione quidem agi; ut liber præſtetur fundus: ſed non æque, ut ei iter aut alia ſervitus debeatur *l.* 75. *D. de evictionibus.* optime tamen obſervat Siculus Flaccus, ſpeciale jus eſſe: ſi deficiat ad fundum aditus per vicinalem viam: nam tum oportere a venditore præſtari iter, vel precario impetratum a vicino: quia alioquin non videtur optimus maximuſque tradi fundus: in quo non poteſt emptoris uſus ac fructus eſſe ſine aditu: ait igitur Siculus Flaccus, in hoc caſu a naturali formulæ ſignificatione recedi: ſuadente contrahentium animo, & fine negotii, non ad inane fundi ſive proprietatis nomen, ſed ad ejus emolumentum, effectumque reſpicientis. Probavi, ut promiſi, conſuetudinem. ſupereſt, ut oſtendam formam, qua inducta ſit adverſus Juris regulas. puto autem, non directo eſſe inductam; ſed adhibito ſchemate; atque id ſchema fuiſſe: ut ſi vicinus nolit vicino precario concedere iter ad fundum aut ſepulchrum: poſſit vicinus cui iter deeſt, eum interpellare per Prætorem, ei perſuaſurum cauſa cognita: ne acerbe utatur dominii jure: ſed potius id aliqua temperet humanitate: uſque adeo, ut vicino cujus alioquin inane jus ſit, omni tempore iter det precario: motus neceſſitate jus faciente; cum non licet facere aliter. atque hujus generis precarium neſcio an in ſequente extet Lapide, apud Gruterum, *Corp. Inſcript. pag.* 827. *Inſcr.* 5.

D. M. SERTORIA. PAULINA
FEC. M. DOMITIO. SUCCES
SO. CONIUGI. B. M. AD. HOC
SEPULCHRUM. ITUM
AMBITUM. OMNI. TEM
PORI. PERMISSUM
EST. AB. Q. SULPICIO.
EPITYNCHANO.

Sic: ſi vicinus patiatur, ſibi a Prætore perſuaderi: ut vicino iter precario det omni tempore. quod ſi non moveatur reverentia Magiſtratus; obtinuit, eum compelli a Prætore, iter vicino vendere juſto pretio. utrumque indicat Ulpianus *l.* 12. *D. de religioſis*, verba ſunt. *Si quis ſepulchrum habeat, viam autem ad ſepulchrum non habeat, & a vicino ire prohibeatur: Imperator Antoninus cum patre reſcripſit, Iter ad ſepulchrum peti precario & concedi ſolere: ut quoties non debetur, impetretur ab eo qui fundum adjunctum habeat. Non tamen hoc Reſcriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit: ſed extra ordinem interpelletur. Præſes etiam compellere debet, juſto pretio iter ei præſtari: ita tamen, ut Judex etiam de opportunitate loci proſpiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum.*

Principio monendum eſt, quod Ulpianus hic tractat de itinere ad ſepulchrum: non quod vellet, ſingulare in eo jus eſſe: ſed quod interpretanti Edictum de religioſis occurrebat quæſtio de ſepulchro, carente itinere: ſicut Severus & Antoninus conſulti, de facto, in quo deërat iter ad ſepulchrum, de eo reſcripſerunt: idem reſponſuri; ſi de alio rogati eſſent. adeo neque Ulpianum, neque Imperatores, in propoſito movit favor religionis: ſed generalis cauſa; ne poſt diſtincta dominia evaneſcat jus dominii, effectu cariturí ob defectum aditus: ut in anteceſſum demonſtravi. hoc præmittendum fuit. nunc cætera exequar. proponitur ab Ulpiano factum: in quo quis dicitur ſepulchrum habere, viam ad ſepulchrum non habere, & a vicino ire prohiberi. in eo facto adfert Ulpianus Reſcriptum Impp. Severi & Antonini, non quaſi jus novum conſtituentium, ſed quaſi ad factum reſpondentium de jure jam certo & recepto. apparet: quia ait, reſcripſiſſe eos Imperatores, ſolere, atque adeo tum moris fuiſſe, precario peti & concedi iter ad ſepulchrum. quomodo? ut quoties non debetur, a vicino fundum adjunctum habente, impetretur perſuaſione Magiſtratus, verbi gratia Præſidis, interpellati, non ordinario jure, & civili actione, ſed extra ordinem: id eſt, jure adverſus regulas Juris recepto ſingulari ratione: hoc enim ſignificare id verbum, oſtendi *lib.* 2. *De jurisdictione & imperio c.* 4. porro vicinum, ſi nec ſic rationi cedat, a Præſide compelli, vicino iter præſtare juſto pretio: ita ut Judex de opportunitate loci proſpiciat; ne vicinus magnum patiatur detrimentum. Is Reſcripti ſenſus. ſunt autem Veteres, etiam alias uſi illo ſchemate perſuaſionis: poſtulante utilitate, negligi Juris rigorem: plerumque tamen ſubnixi Principalis auctoritate Reſcripti: egreſſuri alioquin modum privatæ jurisdictionis legibus alligatæ. eſt eo ex genere egregium Divorum Fratrum Reſcriptum, apud Ulpianum *l.* 1. *D. de ventre inſpiciendo.* eſt & ſequens hoc ejuſdem Ulpiani *l.* 1. *§. ult. D. de liberis exhibendis. Si qui filiam ſuam, quæ mihi nupta eſt, velit abducere, vel exhiberi ſibi deſideret: an adverſus interdictum exceptio danda ſit, ſi forte pater concordans matrimonium, & liberis ſubnixum, velit diſſolvere? Et certo jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriæ poteſtatis turbentur: quod tamen ſic erit adhibendum, ut patri perſuadeatur, ne acerbe patriam poteſtatem exerceat.* Ulpianus (exponam enim locum) proponit matrimonium a filiafamilias, permittente patre, contractum, non Jure Civili, id eſt, uſu, farre, aut coëmptione: (quo caſu ſolveretur patria poteſtas) ſed Jure Gentium ſolo conſenſu. (quo caſu patria poteſtas non tollitur) ait vero Ulpianus, quod is pater ex regulis Juris tale matrimonium, licet concordans & liberis ſubnixum, id eſt, ſine ulla cauſa juſta, potuit ſolvere vi patriæ poteſtatis. verum hoc jure utimur: (id eſt, adverſus Juris regulas uſu obtinuit extra ordinem) ut pater, volens tale matrimonium diſſolvere, ſine magna cauſa, audiendus non ſit: intercedente D. Marci Conſtitutione, qua mutatus eſt vetus rigor: (auctoribus Diocletiano & Maximiano *l.* 5. *C. de repudiis*) etſi non directo; ſed ut patri perſuadeatur; ne acerbe exerceat patriam poteſtatem. quin recepto hoc jure, deinde longius, ut fit, perrectum eſt. nam (quod Hermogenianus ait *l.* 2. *D. de liberis exhibendis*) huc itum eſt: ut magis de uxore exhibenda ac ducenda pater etiam qui filiam in poteſtate habet, a marito recte conveniatur.

CAPUT IX.

De oneribus fructuarii fundi.

Vidimus fundi commoda. exſpectas onera. oportet enim fructuarium non tantum frui, ſed uti quoque: ſiquidem fructui uſus ineſt; ut ſupra dictum. uti autem fundo eſt, fundum exercere ita, ut ſolet bonus paterfamilias. is vero non magis commoda aufert, quam onera ſuſtinet. proinde apparet, & fructuarium tam fundi onera, quam ejus commoda, habere. Ulpianus ſane haud dubitat, quin oporteat eum *ſalarium* vel alimenta *ab ea re relicta* præſtare: ita Florentiæ editur *l.* 7. *§.* 2. *in fin. D. de uſufructu.* alibi legitur *ſolarium:* fortaſſe melius; ut alias monui. non æque probo, quod in Accurſii exemplari ſcribitur, *ab eo relicta.* ſervanda hic Florentina lectio, *ab ea re relicta:* quæ Græcis placet; & exemplum invenit *l.* 8. *§.* 1. *D. de tranſactionibus.* Ait Ulpianus, debere fructuarium & arare, & colere, ſed & arbores afſerere *d. l.* 7. *§.* 3. Paulus *l.* 18. *D. de uſufructu* generaliter ait, debere in locum demortuarum arborum alias ſubſtituere. recte: debet enim tueri fundum, qualis fuit, cum eum accepit. erat autem tum cum arboribus. debet igitur eum cum arboribus tueri. id fiet: ſi novas mortuis ſubſtituat. quod & paterfamilias ſolet: ne, ſi arboribus mortuis novas non ſubſtituat, fundum deteriorem faciat. cæterum ſubſtitutæ, fundo quidem accedunt fructuarii voluntate; eoque fundi proprietatem ſequuntur: at mortuæ fiunt juris fructuarii pro cura & onere ſubſtitutionis *d. l.* 18. & *§.* 38. *Inſt. de rerum diviſione.* Ita; ſi demortuæ ſint arbores. quid, ſi everſæ ſint vi tempeſtatis? fortaſſe idem dices: quippe ſolere bonum patremfamilias evulſis vi tempeſtatis æque ac mortuis alias ſubſtituere. quod & præcipit Columella, *De re ruſtica, lib.* 5. *c.* 6.

ver-

verba Columellæ hæc ſunt. *Qui volet frequens & diſpoſitum arbuſtum paribus ſpatiis fructuoſumque habere, operam dabit, ne emortuis arboribus rareſcat, ac primum quamque ſenio aut tempeſtate afflictum ſummoveat, & in vicem novellam ſobolem ſubſtituat.* Sed aliud viſum Paulo *l.* 59. *D. de uſufructu.* ait enim, *Arbores vi tempeſtatis, non culpa fructuarii everſas, ab eo ſubſtitui, non placet.* Nempe, ne fructuarius, obligatus novas ſubſtituere evulſis vi tempeſtatis, viciſſim putet, evulſas ſui juris eſſe oportere. quod etſi ei indulgeri poſſit, mortuis arboribus, ob exiguum ejus lucrum, & leve proprietarii damnum; arboribus præſertim grandibus rarius ſenio morientibus: evulſis tamen arboribus vi tempeſtatis, poſſit durius videri: maxime, ſi totus ager ſit hunc caſum paſſus; velitque fructuarius, ob novarum arborum ſubſtitutionem, omnes auferre arbores: quibus ſæpe fundi emolumentum cenſetur. id igitur ne fiat cum notabili proprietarii damno; non placuit Paulo, novas arbores a fructuario ſubſtitui evulſis vi tempeſtatis *d. l.* 59. Et tamen Ulpianus *l.* 12. *D. eod. tit.* ſic ſcribit. *Arboribus evulſis, vel vi ventorum dejectis, uſque ad uſum ſuum & villæ poſſe uſufructuarium ferre, Labeo ait: nec materia eum pro ligno uſurum, ſi habeat, unde utatur ligno. Quam ſententiam puto veram: alioquin, & ſi totus ager ſit hunc caſum paſſus, omnes arbores auferret fructuarius. materiam tamen ipſum ſuccidere, quantum ad villæ refectionem putat poſſe: quemadmodum calcem, inquit, coquere, vel arenam fodere, aliudve quid ædificio neceſſarium ſumere.*

Præter hæc quæ dixi fructuarii oneri, oſtendit alia Ulpianus *l.* 27. §. 3. *D. eod. tit.* primum eſt: *Si quid cloacarii nomine debeatur.* ita Florentiæ: dicitur autem hic, & in *l.* 39. §. 5. *D. de legatis lib.* 1. cloacarium, ut *ſolarium* ibidem, & in *l.* 2. §. 19. *D. Ne quid in loco publico.* quomodo etiam in *l.* 7. §. 2. *D. de uſufructu* quædam exemplaria, & melius fortaſſe habent, quam *ſalarium.* eodem modo *locarium*, & *columnarium*, & *linguarium* dici, annotavit nuper Carolus Andreas Dukerus, Vir Doctiſſimus, ad *Var opuſc. de Latinitate Juriſc. Veter. pag.* 395. Deinde ait Ulpianus, *Vel ſi quid ob formam aquæductus quæ per agrum tranſit.* Eſt vero forma (quod ad Sidonium Apollinarem *Epiſt.* 5. *lib.* 1. indicat Johannes Savaro) canalis ſtructilis per quem aqua ducitur. In ejus formæ refectionem purgationemque ab his per quorum agros aqua tranſibat, annuatim contribui, intelligitur ex *l.* 41. *D. de actionibus empti*; & refert Vetus auctor, *De limitibus*, a Briſſonio adductus *lib.* 5. *Select. antiq. c.* XI. Porro ait Ulpianus, *Sed & ſi quid ad collationem viæ.* Et hoc ex Siculo Flacco, *De conditionibus agrorum, pag.* 9. declarat Briſſonius *d. c.* XI. tantum addam, quod viarum munitiones eſſe locorum, non perſonæ munera, conſtat ex *l.* 14. §. 1. *D. de muneribus & honoribus*, & *l.* 11. *D. de vacatione & excuſatione munerum.* Rurſus ait Ulpianus, *Et quod ob tranſitum exercitus confertur.* Ad hujus rei intellectum pertinet hoc ex Siculo Flacco *pag.* 25. a Briſſonio quoque proditum *d. loc.* *Quotiens militi prætereunti, aliive cui comitatui annona publica præſtanda eſt, ſi ligna aut ſtramenta deportanda, quærendum, quæ civitates, quibus pagis hujuſmodi munera præbere ſolitæ ſint.* Sic ille; poſſitque ei jungi Rævardus *lib.* 3. *Conjectan. c.* 6. Pergit Ulpianus. *Sed & ſi quid municipio: nam ſolent poſſeſſores certam partem fructuum municipio viliori pretio addicere.* Neſcio, an huc reſpiciat illud Arcadii Chariſii *l.* 18. §. 25. *D. de muneribus & honoribus.* *Præterea habent quædam civitates prærogativam, ut hi qui in territorio earum poſſident, certum quid frumenti pro menſura agri per ſingulos annos præbeant: quod genus collationis munus poſſeſſionis eſt.* Poſtremo ait Ulpianus, *Solent & fiſco fuſiones præſtare.* Apud Haloandrum legitur, *functiones.* ſed retinenda vox, *fuſiones.* meminit ejus Gloſſarium vetus, quod eſt Philoxeni, a Leunclavio allegatum, *lib.* 2. *Notatorum c.* 25. & *fuſio quinta l.* 6. *Cod. Theod. de indulgentiis creditorum:* quod Cujacium vidiſſe primum, ait Rævardus *lib.* 3. *Varior. c.* 13. & Jacobus Gothofredus ad *d. l.* 6. In his fuſionibus ſunt ſtipendia & tributa. ea utique fructuario imponit Ulpianus *l.* 7. §. 4. *D. de uſufructu.* Eſt autem tributum, quod ad alendum exercitum indicitur, præter ſolemnia vectigalia. Cicero, *lib.* 2. *De officiis c.* 21. *Danda etiam opera eſt, ne (quod apud majores noſtros ſæpe fiebat propter ærarii tenuitatem aſſiduitatemque bellorum) tributum ſit conferendum.* Et *Pro Flacco.* *In ærario nihil habent civitates, nihil in vectigalibus, duæ rationes conficiendæ pecuniæ, aut verſura, aut tributo.* Et *Ad familiares lib.* 12. *Epiſt.* 30. *Conquiritur* (pecunia) *undique, ut optime meritis militibus promiſſa ſolvantur: quod quidem fieri ſine tributo poſſe non arbitror.* At ſtipendium eſt ſolemnis & anniverſaria collatio. auctor Cicero, in *Verrem lib.* 3. *c.* 5. *Inter Siciliam, ceteraſque provincias, Judices, in agrorum vectigalium rationibus hoc intereſt, quod ceteris aut impoſitum vectigal eſt certum, quod ſtipendiarium dicitur, ut Hiſpanis & pleriſque Pœnorum, quaſi victoriæ præmium ac pœna belli.* Igitur ſtipendium ſolemne, tributum temporarium eſt: alterum levius, alterum gravius habetur. utrumque Livius *lib.* 33. *c.* 46. oſtendit, *Quia*, inquiens, *pecunia quæ in ſtipendium Romanis ſuo quoque anno penderetur, deerat; tributumque grave privatis imponere videbatur.* Sic Livius: nec aliter Theophilus ad §. 40. *Inſt. de rerum diviſione:* præterquam, quod is, poſt provinciarum diviſionem ab Auguſto factam, ſtipendium refert ad Populi; tributum ad Principis provincias: eo quod in his plerumque erant bella, in illis non erant.

Dixi, quid ſtipendium ſit, quid tributum.

& utrumque fructuarii onus haberi *d. l.* 7. §. 4. *D. de uſufructu.* niſi ſpecialiter nomine fideicommiſſi teſtatori placuiſſe probetur, hæc quoque ab herede præſtari *l.* 52. *D. eod. tit.* Atqui ſunt onera rei ex qua naſcuntur fructus. Sed rei propter fructus indicuntur: eoque fructuum onera habentur *l.* 13. *D. de impenſis in res dotales factis*; præterquam ſi ab herede ea præſtari juſſerit teſtator *l.* 52. *D. de uſufructu.* atqui nec ſic a fiſco liber erit fructuarius: ne alieno facto fiſcalis forma mutetur *l.* 42. *D. de pactis.* adhuc igitur poterit fructuarius conveniri nomine fiuctuarii prædii *l.* 7. *D. de publicanis.* cæterum conventus habebit regreſſum adverſus heredem *l.* 52. §. 2. *D. de pactis*, & *l.* 5. *D. de cenſibus.* Ne illud quidem prætermittendum, quod ſi temporariæ ſint indictiones, vel etiam ſolemnes, atque ipſæ debitæ, indictæve ante conſtitutum uſumfructum, ad heredis onus pertinent: poſt conſtitutum uſumfructum indictæ aut debitæ, ad fructuarium ſpectant *l.* 28. *D. de uſufructu legato. l.* 39. §. 5. *D. de legatis lib.* 1.

CAPUT X.

De domus ſive ædium uſufructu. quid domus, quid ædes? ædificia diſtingui ab ædibus. domus aut ædium uſufructu etiam partium uſumfructum contineri. nec minus inſtrumenti; ut ſpecularium & velorum; & quando?

Sequitur, ut de uſufructu domus, ſive ædium, diſputemus: ſed primum, quid ſit domus, quid ædes. Iſidorus *lib.* 15. *Originum c.* 3. domum definit, unius familiæ habitationem. eamque ab ædibus diſtinguit Plautus, *Caſina* 3. 5. *Inſectatur*, inquiens, *omnes domi per ædes.* ac veriſimile eſt, (quod obſervat Sanctius, *Minerva lib.* 4. *De Ellipſi, pag.* 401) domus quidem appellatione totum quid ſignificari: ædium vero, conclavia in quibus ſint arcæ & cubilia. Sanctio ſequentia favent Plauti verba. *Nec quemquam prope ad ſe ſinit adire: ita omnes ſub arcis, ſub lectis latentes metu muſſitant.* Eodem redit quod dicitur, *eſt domi:* non, *eſt ædium:* item quod domum in ſingulari dicimus numero: ædes in plurali; præterquam ubi templum indigitatur: quo caſu hanc ædem dicimus; non has ædes: eo quod in templo non eſt conclavium, aliorumque locorum, diſtinctio quæ eſt in domo: ut notat Doctiſſimus Voſſius, *lib.* 7. *De arte Grammatica c.* 67. *pag.* 594. Ne hoc quidem ſilebo, quod palam *ædem* pro cubiculo, itemque pro cœnatione dixit Curtius *lib.* 8. *c.* 6. Hæc propria domus & ædium ſignificatio eſt. at factum eſt uſu loquentium: ut domus ædeſque pro iiſdem accipiantur. Videtur & differentia inter ædes & ædificia fieri in his Livii verbis *lib.* 38. *c.* 38. *Rhodiorum ſociorumve quæ ædes ædificiaque intra fines regni Antiochi ſunt.* Eo modo ædes, ut domus, totum quid ſignificant: cum ædificium ſit, verbi gratia, balineum aut horreum, aut quid ſimile, ædibus junctum, aut propter eas plerumque poſitum. hoc ſenſu Ulpianus *l.* 41. §. 8. *D. de legatis lib.* 1. verba ejus. *Hoc Senatuſconſultum non tantum ad ædes, ſed & ad balinea vel aliud quod ædificium, vel porticus ſine ædibus, vel tabernas, vel popinas extenditur.* Labeo quoque *l.* 31. *D. de legatis lib.* 3. *Si cui*, inquit, *ædes legatæ ſint, is omne habebit id ædificium, quod ſolum earum ædium erit.* Rurſus Ulpianus *l.* 15. §. 13. *D. de damno infecto.* *Si tam ampla domus ſit, ut & ſpatia inter vitioſam partem intercedant, & eam quæ vitium non facit: dicendum, in eam ſolam partem mitti. ſi vero unita ſit contextu ædificiorum: in totam.* & reliqua.

Igitur quid eſt? placet Ulpiano *l.* 7. §. 1. *D. de uſufructu*, eum qui habet uſumfructum domus vel ædium, uti frui non tantum domo ſive ædibus: ſed & cæteris quæcumque ædium ſunt. talia vero quaſi partes ædium eſſe, vel propter ædes haberi, idem Ulpianus definit *l.* 13. §. *ult. D. de actionibus empti.* Sunt autem utriuſque generis multa: nec opus enumerare omnia. tantum dicam, quod inter cæteras partes ſunt ædificia *d. l.* 7. §. 1. forte (ut in *l.* 13. §. *ult. D. de uſufructu*) ſtabulum domus jumentis aut carrucis comparatum: item balneum uſibus dominicis ſolitum vacare in intima domus parte, vel inter diætas amœnas; ut in villa Plinii, *lib.* 2. *Epiſt.* 17. & *lib.* 5. *Epiſt.* 6. tale enim balneum eſſe domus portionem, conſtitit. quod ſi teſtator publice id præbuit. (nam & hoc factum, aliquando gratis, plerumque mercede, id eſt, quadrante: ut dudum notavit Jacobus Rævardus, V. Cl. *lib.* 2. *Conject. c.* 3.) ait Papinianus *l.* 91. §. 4. *D. de legatis lib.* 3. ita eſſe domus portionem, ſi per domum quoque intrinſecus adiretur, & in uſu patrisfamiliæ vel uxoris nonnumquam fuit, & mercedes ejus inter cæteras meritoriorum domus rationibus accepto ferebantur, & uno pretio comparatum vel inſtructum communi conjunctu fuiſſet. Ulpianus *d. l.* 7. §. 1. *D. de uſufructu* domus partibus annumerat etiam areas: quas Varro, *De lingua Latina*, exponit, loca in urbe pura: id eſt, ſine ædificio *l.* 211. *D. de verborum ſignificatione.* Poteſt & areæ, ſicut & aliarum partium, uſusfructus ſeparatim relinqui: eoque caſu Pomponius *l.* 73. *D. de uſufructu*, *Si*, inquit, *areæ uſusfructus legatus ſit mihi, poſſe me caſam ibi ædificare cuſtodiæ cauſa earum rerum quæ in area ſint.*

De inſtrumento domus vel ædium fuit dubi-

bitatum, legato domus vel ædium uſufructu: eo quod inſtrumentum non eſt pars ædium vel domus; ſicut nec fundi. accedit, quod legatis ædibus aut fundo, inſtrumentum non aliter cedit legato, quam ſi id ipſum a teſtatore nominatim ſit expreſſum *l. ult. D. de ſupellectile legata.* Sed placuit Ulpiano *l.* 15. §. 6. *D. de uſufructu*, ut fundi, ſic domus, inſtrumenti fructum ad fructuarium pertinere: & eſt ei exemplum in ſpecularibus. de quorum uſu & inventione ſic Seneca *Epiſt.* 90. *Quædam noſtra demum prodiſſe memoria ſcimus, ut ſpecularium uſum perlucente teſta, clarum tranſmittentium lumen.* Prudenter tamen, quod ex Ulpiano dixi, exaudiendum eſt: reputantibus, quod apud eum Pegaſus *l.* 12. §. 16. *D. de inſtructo vel inſtrumento legato* dicit, inſtrumentum domus eſſe id quod tempeſtatis arcendæ, aut incendii cauſa paratur; non quod voluptatis gratia: & addit Pegaſus, itaque nec ſpecularia, nec vela quæ frigoris cauſa vel umbræ in domo ſint, deberi: eamque fuiſſe Caſſii ſententiam: dicentis, inter inſtrumentum & ornamentum multum intereſſe: inſtrumenti eſſe quæ ad domus tutelam pertinent: ornamenti quæ ad voluptatem. Ei ſententiæ ſi adeſt auctoritas: vela quæ in domo ſint frigoris aut umbræ cauſa, in domus inſtrumento non ſunt: ut ſi in hypæthris, id eſt, locis ſubdialibus extendantur, item ſi quæ ſint circa columnas *d. l.* 12. §. 20. cæterum parata, ne ædificio gravis ſit ventus aut pluvia; magis inſtrumenti eſſe, Caſſius & Ulpianus probant *d. l.* 12. §. 17. Id in velis annotandum: quia idem in ſpecularibus. nam in §. 16. *ejuſdem loci* hæc quoque ab inſtrumento ſeparat Ulpianus: ſi voluptati poſita ſint in hypæthris aut hortis in quibus ſpecularia poni, auctor eſt Martialis, *lib.* 8. *Epigr.* 16. & 61. at non ſemper ſerviunt voluptati: ſæpe ædium feneſtris opponuntur ad arcendas tempeſtates, maxime hieme. de talibus eſt illud Senecæ *lib.* 4. *Natur. quæſt. ad fin. Quamvis cœnationem velis ac ſpecularibus muniant & igne multo doment hiemem.* De porticibus ſuis Plinius *lib.* 2. *Epiſt.* 17. *Egregium hæ adverſus tempeſtates receptaculum: nam ſpecularibus ac multo magis imminentibus tectis muniuntur.* De hoc igitur ſpecularium uſu ſenſiſſe videtur Ulpianus *d. l.* 15. §. 6. talia enim inſtrumento annumerari, non vetat *d. l.* 12. §. 25. quamquam putat, adfixa pro domus parte haberi.

Caput XI.

Quomodo oporteat fructuarium uti frui domo aut ædibus. non poſſe lumina immittere: nec colores & picturas & marmora & ſigilla & ſi quid ad domus ornatum pertineat: non magis, quam diætas transformare, vel conjungere, vel ſeparare: vel aditus, poſticaſve vertere; vel atrium mutare: vel viridaria ad alium modum convertere, & quid his omnibus indigitetur?

Hactenus de domo & ædibus, quæque ædium ſint, item de inſtrumento. ſequitur modus & finis his utendi fruendi. de hoc ita Ulpianus *d. l.* 13. §. 7. *Sed ſi ædium uſusfructus legatus ſit, Nerva filius & lumina immittere eum poſſe ait: ſed & colores & picturas & marmora poterit, & ſigilla, & ſi quid ad domus ornatum. ſed neque diætas transformare vel conjungere aut ſeparare ei permittetur: vel aditus poſticaſve vertere: vel refugia aperire: vel atrium mutare: vel viridaria ad alium modum convertere. excolere enim quod invenit poteſt, qualitate ædium non mutata. Item Nerva, eum cui ædium uſusfructus legatus ſit, altius tollere non poſſe, quamvis lumina non obſcurentur: quia tectum magis turbatur. Quod Labeo etiam in proprietatis domino ſcribit. Idem Nerva nec obſtruere eum poſſe.* Hic locus eſt impeditus, & quantum teneo memoria, nondum explicitus: ſecuris de verborum ſenſu ac fine Interpretibus. at me vexat, quod Ulpianus ait, Nervam filium dicere, fructuarium legato ædium uſufructu, poſſe lumina immittere, etiam colores & picturas & marmora & ſigilla & ſi quid ad domus ornatum pertinet: at non poſſe diætas transformare, vel conjungere, vel ſeparare: vel aditus poſticaſve vertere: vel refugia aperire: vel atrium mutare: vel viridaria ad alium modum convertere. cur enim, priora facere poteſt fructuarius, ſequentia non poteſt: pari utrimque ratione? rurſus ſi illa licent fructuario: quo ore ait Ulpianus, eum poſſe excolere quod invenit, qualitate ædium non mutata. eoque (quod ex eodem refert Nerva) non poſſe altius tollere, quamvis lumina non obſcurentur: ſed neque obſtruere poſſe? fluctuat igitur hæc Nervæ atque Ulpiani diſputatio. nec ſat ſcio; an eam ipſe ſim confirmaturus ſatis. tentabo tamen, quid valeam: non futurus deterior, ſi non obtineam quod intendo: ſed melior, ſi aſſequar. cæterum quo facilius expediatur nodus, ante quod facti eſt, verborum explicatione inveſtigabo. Primum ait Ulpianus, ſi cui ædium uſusfructus legatus ſit, Nervam filium putare, *& lumina immittere eum poſſe.* Lumina autem ſunt feneſtræ: ut in *l.* 6. *D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum*, & apud Ciceronem, *Ad Atticum*, *lib.* 2. *Epiſt.* 3. Inde lumina immittere eſt, feneſtras imponere *l.* 59. *D. de rei vindicatione*, ſive feneſtras immittere, aperto pariete communi: vel, aperto pariete *cæco*: quo modo apud Paulum *l.* 40. *D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum* a Græcis legi, obſer-

ſervavit Jacobus Cujacius, *lib.* 1. *Obſerv. c.* 31. vel aperto pariete *inlumine*; ut conjicit Johannes Leunclavius *lib.* 2. *Annotat. c.* 20. *pag.* 265. quod & ipſe malui aliquando. nunc minime damnem vulgatam lectionem, *pariete communi*. Hoc nunc obiter. plene ad Tit. Pand. *De ſervit. præd. urban.* Deinde ait Ulpianus, (redeo enim ad *d.* §. 7. *l.* 13.) *Sed & colores & picturas & marmora poterit, & ſigilla, & ſi quid ad domus ornatum.* His verbis, puto, indigitatur tectorium ad tegendos ornandoſque parietes comparatum. Erat id variæ ſpeciei. una dicebatur opus albarium: de quo Vitruvius, *lib.* 7. *De architectura c.* 2. Ad hac ſpeciem refero hæc Ulpiani verba, *Et ſigilla, & ſi quid ad domus ornatum.* Indicio Plinius *lib.* 36. *Nat. hiſt. c.* 24. ſcribens, *Uſum gypſi in albariis, ſigillis ædificiorum, & coronis gratiſſimum.* Tertullianus quoque, *De idololatria c.* 8. *pag.* 89. *Scit*, inquit, *albarius tector & tecta ſarcire, & tectoria inducere, & ciſternas liare, & cymatia diſtendere, & multa ornamenta præter ſimulacbra parietibus incriſpare.* Alterum tectorii genus eſt quod arenatum & marmoratum appellat Vitruvius *d. lib.* 7. *c.* 3. addens, iis, cum ſunt uda, ſolere colores ac picturas induci. atque hoc pertinet ad illuſtranda hæc Ulpiani verba, *Colores & picturas.* ſicut ea juvat quoque inſignis hic Plinii locus *lib.* 35. *c.* 10. *Primus* (M. Ludius Divi Auguſti ætate) *inſtituit amœniſſimam parietum picturam, villas & porticus, ac topiaria opera, lucos, nemora, colles, piſcinas, euripos, amnes, littora, qualia quis optaret, varias ibi obambulantium ſpecies aut navigantium, terraque villas adeuntium aſellis aut vehiculis. jam piſcantes. aucupanteſque aut venantes aut etiam vindemiantes. ſunt in ejus exemplaribus nobiles paluſtri acceſſu villæ, ſuccollantium ſpecie mulieres, labentes trepidæque feruntur. plurimæ præterea tales argutiæ, facetiſſimi ſales.* Sic Plinius: ex quo præterea intelligitur, potuiſſe has picturas a Proculo *l.* 13. §. 1. *D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum* optimo jure vocari pretioſiſſimas. Non ſubſiſtit ad hæc Ulpianus *d.* §. 7. *l.* 13. præterea ait, *& marmora.* nam fiebat quoque tectorium ex cruſtis marmoris ſecti in tenues laminas: eaſque cruſtas ædium eſſe, idem definit Ulpianus *l.* 17. §. 3. *D. de actionibus empti.* Origo & deſcriptio apud Plinium *d. lib.* 36. *c.* 6. verba Plinii. *Primum Romæ parietes cruſta marmoris operuiſſe totius domus ſuæ in Celio monte Cornelius Nepos tradidit Mamurram, Formiis natum, equitem Romanum, Præfectum fabrorum C. Cæſaris.* Initium hoc fuit. plus auſa luxuria, Imperatore Claudio: tum enim picturis ornari cœperunt laminæ: mox ſub Nerone quoque auro tegi. quid? quod cœperunt laminis etiam inſeri parvæ cruſtæ marmoris diverſi coloris, repræſentaturæ rerum & animalium figuras quas deliciis parabat artificis curioſa induſtria. auctor Plinius *lib.* 35. *c.* 1. ſimul illa contigiſſe elegantia: ut pictura ante laudata, minus placeret. Plinio addi poteſt egregius Senecæ locus *Epiſt.* 86. quia in eo (ut apud Vopiſcum quoque in *Firmo*, quod ad Senecam in Notis attingit Lipſius) inſuper adfertur ſpecies tectorii, ſoliti fieri pictura vitri in tabulis æneis ignem ferentibus: nam in igne factam eſſe hanc picturam, veriſimile eſt. poſtremo fuere parietibus pro tectorio immiſſæ atque incluſæ picturæ: eoque habitæ pro ædium partibus, exemplo cruſtarum *d. l.* 17. §. 3. Sequitur apud Ulpianum *d.* §. 7. *l.* 13. *Sed neque diætas transformare vel conjungere aut ſeparare.* Diætæ ſunt certæ domus partes unius habitationi deſtinatæ, ita ut ibi alii non verſentur, niſi admiſſi aut vocati. inde ſeparata diæta *l.* 66. §. 1. *D. de donationibus inter virum & uxorem*; & diæta in qua habitabam *l.* 41. §. 1. *D. de legatis lib.* 3. & apud Plinium *lib.* 5. *Epiſt.* 6. *Hac adeuntur diætæ duæ, quarum in altera cubicula quatuor, altera tria.* Porro vetat Ulpianus *d.* §. 7. *aditus poſticaſve verti* a fructuario. tantum monebo, indicare anticam & poſticam: de quibus Feſtus in *poſticum*. Præterea ait *d.* §. 7. *l.* 13. Ulpianus, *Vel refugia aperire.* Hæc quæ ſint, unus docuit me V. Cl. Iſaacus Caſaubonus, ad Spartianum, *Hadriano c.* x. *pag.* 87. *n.* 1. dicens, per *refugia* hic ſignificari quæ alias appellantur cryptæ, etiam cryptoporticus, item hypogææ: id eſt, ambulationes ſubterraneæ: quas ſibi comparabant delicati homines, evitantes æſtatis incommoda: eamque ob rem hic refugia dici, mihi veriſimile eſt. quo modo aperti ſubterranei ſpecus ſuffugium hiemi in hoc Taciti, *De moribus Germanorum c.* 16. *Solent & ſubterraneos ſpecus aperire, eoſque multo inſuper fimo onerant, ſuffugium hiemi & receptaculum frugibus: quia & rigorem frigorum ejuſmodi locis molliunt.* Cæterum cryptas ſive refugia, ut ea vocat Ulpianus, ſic deſcribit allegatus a Caſaubono Ambroſius, *Luxurioſorum eſt hypogæa quærere, captantium frigus æſtivum, eo quod reſoluti delitiis, æſtus aliter ferre ac tolerare nequeant, & ideo quærant umbroſa penetralia: vel quod deſidioſi ignava ſub terris agant otia.* Caſaubonus, quod miror, citat hunc locum ex *Epiſt.* 12. Ambrobroſii. ſed extat *Obſervatione* Ambroſii *in Aggæum Prophetam ad Irenæum, tom.* 2. *pag.* 1144. *Edit. Pariſienſ. A.* 1661. Ambroſio jungam hoc Plinii *lib.* 5. *Epiſt.* 6. *p.* 291. *Subeſt cryptoporticus ſubterraneæ ſimilis, æſtate incluſo frigore riget.* Rurſus negat Ulpianus *d.* §. 7. *l.* 13, fructuarium *atrium mutare*. De uſu atriorum in ædibus eorum qui non communi ſunt fortuna, Vitruvius *lib.* 6. *c.* 8. addens in fine, *Quod in urbe atria proxima januis eſſe ſolent: ruri pſeudourbanis ſtatim periſtylia, deinde tunc atria habentia circum porticus pavimentatas, ſpectantes ad palæſtras & ambulationes.* Poſtremo ſubjicit in *d.* §. 7. *l.* 13.

Ul-

Digitized by Google

Ulpianus, *Vel viridaria ad alium modum convertere.* Supra monui, in ædibus ac villis illis amplis ac ſpatioſis, quales deſcribit Ulpianus, viridaria fuiſſe. Præſentis loci eſt, addere, fuiſſe arte tonſa atque inflexa ad varium modum ac formam. ſpectat eo illud Julii Firmici Materni, *lib.* 8. *Matheſ. c.* 10. *Qui buxeas arbores tondens, in belluas fingat, aut virides porticus in circulum flexis vitibus faciat.* Hoc quoque Plinii, de ſua villa ſic ſcribentis *lib.* 5. *Epiſt.* 6. *Multa in hac membra: atrium etiam ex more Veterum, ante porticum xyſtus conciſus in plurimas ſpecies, diſtinctusque buxo, demiſſus inde pronuſque pulvinus, cui beſtiarum effigies invicem adverſas buxus inſcripſit. acanthus in plano mollis, & pene dixerim liquidus. ambit hunc ambulatio, preſſis varieque tonſis viridibus incluſa: ab his geſtatio in modum circi quæ buxum multiformem, humileſque & manu retentas arbuſculas circumit.* Unde apparet, *viridaria ad alium modum convertere* apud Ulpianum eſſe, viridaria ad aliam ſpeciem plantando, tondendo, inflectendoque deducere: ut ſi figuras beſtiarum, aviumve, aut ſimiles quæ ante erant, fructuarius mutet ſpecie piramidum, columnarum, vaſorum, aut quacumque alia. Illuſtravi in exemplis Ulpiani res facti. nunc quod reliquum eſt, jus conſiderabo. Ait Ulpianus, *Sed ſi ædium uſusfructus legatus ſit, Nerva filius & lumina immittere eum poſſe ait.* Moleſta mihi ſunt hæc verba: non quod damnem loquendi formam, *lumina immittere:* quam oſtendi eſſe juſtam; ac ſignificare, feneſtras immittere, aperto pariete cœco atque inlumini. aliud me torquet: puto, illam, ſervata ejus poteſtate, eſſe incongruam naturæ uſusfructus, fructuarii facultatem terminantis domus atque ædium conditione & modo: ideoque non patientis, ab eo aperiri parietem cœcum atque illuminem: ſi neceſſaria uſuifructui non ſint nova lumina; ut ut fructuario alioquin commoda atque utilia futura. itaque deliberavi ſæpe mecum, an pro *lumina immittere* præſtet ſcribi, *lumina tueri*. tale verbum habet Neratius *l.* 44. *D. de uſufructu:* idemque aut ſimile in propoſito poſtulat ratio uſusfructus certa ac vera. quamquam ſi cui religio ſit, emendare lectionem conſtantem & receptam: (varia enim ſunt hominum ingenia) nil obtrudam invito: modo liceat mihi ſic interpretari Ulpiani verba, quaſi ſignificent, fructuarium poſſe tueri, ſive reficere vetera lumina, ac tectoria, ætate aut aliter corrupta atque exeſa. durius. non inficior. ſed non ubique accuratus eſt Veterum ſermo; & hoc modo in *l.* 7. §. *ult. D. de uſufructu*, prout editur Florentiæ, etiam in vulgato Accurſii exemplari, ipſe ait Ulpianus, *Nec ſolum neceſſarias refectiones facturum, ſed etiam voluptatis cauſa, ut tectoria & pavimenta & ſimilia facere:* cum vellet, fructuario licere, tectoria & pavimenta reficere. Subſidium hoc meæ interpretationi unum ac firmum. eſt & alterum non minus validum. id argumentum eſt, quod ſic cohæret tenor diſputationis Ulpiani, alioquin fluxus ac vacillans. huc autem redit: quod fructuarius poteſt reficere & tueri vetera lumina, etiam vetera tectoria: id eſt, colores & picturas & marmora & ſi quid ad domus ornatum pertinet. at nihil poteſt immutare ex priore domus forma ac ſpecie: ſive enim velit diætas transformare, vel conjungere, aut ſeparare: ſive aditus, id eſt, anticas poſticaſve vertere: vel refugia, id eſt, hypogæas & cryptoporticus aperire: ſive atrium mutare: ſive viridaria ad alium modum convertere: nulla ei in his permittitur novatio aut immutatio. quam ob cauſam? clara ac certa eſt hæc Ulpiani: dicentis, *Excolere quod invenit poteſt, qualitate ædium non immutata.* Atque inde Nerva quoque dicit apud Ulpianum, Eum cui ædium uſusfructus legatus ſit, *altius tollere non poſſe, quamvis lumina non obſcurentur:* id eſt, quamvis luminibus nocitura non ſit altior ædificatio. & eſt optima Ulpiani ratio, quia *tectum magis turbatur:* id eſt, quia fructuarius ſic domo non utitur ad modum & arbitrium domini: turbans qualitatem tecti a domino poſiti. quod ei non licet, prohibente natura uſusfructus. Amplius ait Ulpianus *d.* §. 7. Idem Nerva, *nec obſtruere eum poſſe.* Obſtruere eſt, obturare, occludere aperta: ut in hoc Taciti *lib.* 3. *Hiſtor. c.* 21. *Is terror obſtructas mentes conſilio ducis aperuit.* Eodem ſenſu Gajus *l.* 6. *D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum, Si,* inquiens, *ædes tuæ ædibus meis ſerviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum ædium efficiatur, & ego per ſtatutum tempus feneſtras meas perfixas habuero vel obſtruxero.* Ita ſenſus Nervæ apud Ulpianum, adeo non licere fructuario aperire occluſa: ut ne aperta quidem obturare atque occludere poſſit. Reſtitui, pro facultate, Ulpiano ſenſum, ubi erat ſtrepitus verborum nihil ſignificantium. & remedia petii præſertim ex §. 7. *d. l.* 13. nunc foris quæram adminicula. Primum igitur ſic cenſeo, ſi in parietibus fructuariæ domus ſint vetera lumina, ætate aut aliter corrupta; immiſſurum rurſus alia fructuarium: id eſt, tuiturum veterem qualitatem: ſi non ſint vetera, non immiſſurum nova: niſi ſine his domo uti omnino nequeat: tum enim deneganda ei non eſt neceſſarii luminis immiſſio. aliter ac ſi neceſſaria non ſit, etſi commodior futura. ipſe hoc Ulpianus *l.* 1. §. *ult. D. Si uſusfructus petetur:* ſic ſcribens, *Sed an & alias utilitates & ſervitutes ei heres præſtare debeat, puta luminum & aquarum, an vero non? Et puto, eas ſolas præſtare compellendum, ſine quibus omnino uti non poteſt: ſed ſi cum aliquo incommodo utatur, non eſſe præſtandas.* Idem putemus de his Ulpiani verbis *d.* §. 7. *l.* 13. *Sed & colores & picturas & marmora poterit, & ſigilla, & ſi quid ad domus ornatum.* Nam eis indigitatur tectorium. atque id ſi fuerit:

Digitized by Google

rit: reficere poteſt fructuarius. ſi non fuit: novum imponere rudibus parietibus non poteſt. Non acceſſam argumenta. aperte Neratius *l. 44. D. de uſufructu.*. *Uſufructuarius novum tectorium parietibus, qui rudes fuiſſent, imponere non poteſt.* Qua ratione? ait Neratius, *Quia tametſi meliorem excolendo ædificium domini cauſam facturus eſſet, non tamen id jure ſuo facere poteſt; aliudque eſt, tueri quod accepiſſet, an novum faceret.* Nihil poteſt ad propoſitum dici fortius, nihil accommodatius. nec tamen ſolus ſic definit Neratius; etiam Ulpianus: id eſt ipſe is de cujus ſententia ſumus ſolliciti. ſic enim ſcribit *l. 7. §. ult. & l. 8. D. eod. tit.* *Nec ſolum neceſſarias refectiones facturum, ſed etiam voluptatis cauſa, ut tectoria & pavimenta & ſimilia facere. nec autem ampliare, nec utile detrahere poſſe: quamvis melius repoſiturus ſit. quæ ſententia vera eſt.*

CAPUT XII.

An fructuarius poſſit parietibus fructuariæ domus imponere rivum novum: aut conſummare ædificium inchoatum?

Sed ut non poteſt fructuarius rudibus parietibus imponere novum tectorium: ita negat Neratius *l. 61. D. de uſufructu*, eum poſſe parietibus imponere rivum novum. præterea negat, poſſe ædificium inchoatum conſummare, etiamſi nequeat eo loco aliter uti. verba Neratii quia nondum invenerunt idoneum intellectum, appoſui, ut illuſtrem, & ſervem. nam vitioſa quoque aliquibus videntur. verba. *Uſufructuarius novum rivum parietibus non poteſt imponere.* §. 1. *Edificium inchoatum fructuarium conſummare non poſſe, placet; etiamſi eo loco aliter uti non poſſit. ſed nec ejus quidem uſumfructum eſſe: niſi in conſtituendo vel legando uſufructu hoc ſpecialiter adjectum ſit, ut utrumque ei liceat.* Senſus hujus loci liquebit, formata totius ſpecie & quæſtione. ſpecies hæc eſt. Legatus eſt uſusfructus non fundi, nec ædificii; ſed domus vel ædium. duo quæruntur: primum, an fructuarius poſſit novum rivum imponere ædium parietibus? deinde, an poſſit ædificium inchoatum conſummare: maxime, ſi eo loco, id eſt, eo ædificio (loci enim appellatio non ſolum ad ruſtica, ſed ad urbana quoque prædia pertinet *l. 60. §. 1. D. de verborum ſignificatione*) aliter uti non poſſit? Quod ad primam quæſtionem attinet: ait Neratius fructuarium non poſſe parietibus novum rivum imponere. ſic in *d. l. 61.* recte legi, monuit Franciſcus Hotmanus *lib. 2. Amicabil. reſponſ. c. 36.* etſi Jacobus Cujacius *lib. 1. Obſerv. c. 36.* ex conjunctione *l. 44. D. eod. tit.* quæ item Neratii eſt, malit *novum tectorium*; idque placeat Jacobo Labitto, *Indicis ſui uſu tertio n. 5.* Solere enim Veteres (quæ eorum luxuria fuit) augendæ amœnitati ædium parietibus imponere rivos aquæ fluentis, veriſſime oſtendit Emundus Merillius, *lib. 3. Variantium ex Cujacio c. 1.* ſequente Manilii teſtimonio ex *lib. 4. Aſtronomic.*

— — — Undas inducere tectis,
Ipſaque converſis aſpergere fluctibus aſtra,
Littoribuſque novis per luxum ludere ponto,
Et varios fabricare lacus, & flumina ficta,
Et peregrinantes domibus ſuſpendere rivos.

Cui de meo addam hoc ex Sidonio Apollinari, *Carm. 22. verſ. 207.*

Alta volubilibus patet hinc cœnatio valvis.
Fuſilis euripus propter. cadit unda ſuperne
Ante fores pendente lacu, venamque ſecuti
Undoſa inveniunt nantes cœnacula piſces.

Eamdem cauſam habent quæ de derivatis in domos rivis & fluminibus olim tradidi *lib. 1. Probabilium c. 3.* Tantum de priore quæſtione. Quod ad alteram attinet: placet Neratio *d. l. 61. §. 1.* fructuarium non poſſe ædificium inchoatum conſummare; etiamſi eo loco, ſive eo ædificio: aliter uti nequeat. An vere? ambigi poteſt: quia intelligitur fructuario, conſtituto uſufructu, dari omne ſine quo ipſe uti frui nequeat *l. 1. §. 1. & ſeqq. D. Si uſusfructus petetur*: ac ſi cui datus ſit uſusfructus fundi in quo neceſſarium ad percipiendos fructus ſit ædificium, poſſe ab eo poni ædificium, Ulpianus ait *l. 13. §. 6. D. de uſufructu.* Ei rei ſi, ut oportet, adeſt fides: quid ni dicemus, ſi teſtator ædificium inchoavit, & fructuarius eo, niſi conſummato, uti nequeat, poſſe eum ædificium ſuo jure conſummare? Atque ita foret, ſi nominatim legatus eſſet ædificii uſusfructus; idque ædificium, niſi conſummatum, non reciperet uſumfructum: ſicut in *d. l. 13. §. 6.* nominatim datus erat uſusfructus fundi in quo neceſſarium ad percipiendos fructus erat ædificium. Sed Neratii ſermo in *§. 1. d. l. 61.* eſt de uſufructu non ædificii, nec fundi, ſed domus, ſeu ædium. plurimum autem intereſt inter ædificium & ædes, ſeu domum: ut initio capitis x demonſtravi. & bene, quod ſufficit; ſi fructuarius domo cujus legatus erat uſusfructus, uti poſſit; quamquam ædificio quod domui addi cœperat, uti nequeat. pone, ut exemplo rem demonſtrem, teſtatorem habere domum: cœpiſſe ei jungere ædificium, balneum, verbi gratia, vel ſimile; nec abſolviſſe. finge, legaſſe Titio domus aut ædium uſumfructum. an Titius poterit abſolvere ædificium a teſtatore inchoatum? non poterit: etſi eo loco, id eſt, ut dixi, eo ædificio, aliter uti nequeat: quia ei non ejus ædificii, ſed domus uſusfructus datus eſt. Sufficit igitur, ſi domo uti poſſit, etſi eo balneo, ſive eo ædificio, uti non poſſit: quia uſumfructum non ejus, ſed domus ac-

accepit. Atque hoc eſſe opinor, quod Neratius ait, *Sed nec ejus quidem uſumfructum eſſe.* Si tamen teſtator in conſtituendo uſufructu fructuario nominatim dedit conſummandi ædificii poteſtatem: dubium non eſt, quin id conſummare poſſit: ſicut poterit quoque novum rivum parietibus imponere; ſi in conſtituendo uſufructu hoc ſpecialiter ſit adjectum. id indigitant poſtrema Neratii verba, *Niſi in conſtituendo vel legando uſufructu hoc ſpecialiter adjectum ſit, ut utrumque ei liceat.* Nam verbum, *utrumque*, & ad novum rivum parietibus imponendum, & ad ædificii conſummationem reſpicit.

Caput XIII.

Fructuarium etſi locare aut vendere poſſit uſumfructum domus; tamen non poſſe domum dividere per cœnacula; nec balneum illic facere, nec alia meritoria. & quid hoc?

Oſtendi, quale ſit jus fructuarii, per ſe utentis ædibus fructuariis. reſtat, quid competat utenti per alium, vendito aut locato uſufructu? ait autem Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. de uſufructu*, quicumque fructus, quæcumque obventiones ſunt non modo ex domo aut ædibus, ſed ex ædificiis quoque & areis & cæteris quæcumque ædium ſunt, ad fructuarium pertinere. Ex areis, inquit. nam & areas locari ſolitas, ex *l.* 62. *D. de rei vindicatione*, *l.* 3. *D. In quibus cauſis pignus tacite*, & Cicerone, obſervavit doctiſſimus Interpres, Jacobus Cujacius, *lib.* 9. *Obſerv. c.* 8. Licet igitur fructuario, domo fructuaria uti frui per ſe, vel per alium: modo non aliter det fruendam, quam conveniat boni viri arbitrio: certo, oportere fructuarium æque hic, atque alibi, non minus uti, quam frui. Præclare Ulpianus *l.* 27. §. 1. *D. de uſufructu*, *Si dominus ſolitus fuit tabernis ad merces ſuas uti, vel ad negotiationem, utique permittetur fructuario locare eas & ad alias merces. & illud ſolum obſervandum eſt, ne vel abutatur uſufructuarius, vel contumelioſe, injurioſeve utatur uſufructu.* Sit exemplum in hoc ejuſdem Ulpiani *l.* 13. §. 8. *D. eod. tit. Item ſi domus uſusfructus legatus ſit, meritoria illic facere fructuarius non debet: nec per cœnacula dividere domum. atquin locare poteſt: ſed oportebit, quaſi domum, locare. nec balneum ibi faciendum eſt. Quod autem dicit, meritoria non facturum,* [*ita*] *accipe quæ vulgo diverſoria vel fullonica appellant. Ego quidem, & ſi balneum ſit in domo uſibus dominicis ſolitum vacare in intima parte domus, vel inter diætas amœnas, non recte, nec ex boni viri arbitratu facturum, ſi id locare cœperit, ut publice lavet: non magis, quam ſi domum ad ſtationem jumentorum locaverit, aut ſi ſtabulum, quod erat domus jumentis & carrucis vacans, piſtrino locaverit.* Ne confuſior, quam par eſt, videatur oratio: obſervandum eſt, locum eſſe deſumptum ex Ulpiani *libro* 18. *Ad Sabinum:* ſic quoque conſtare partim verbis Sabini, partim Ulpiani Notis. primum negat Sabinus, domus uſufructu legato, fructuario licere illic meritoria facere: nec addit, quæ ſint meritoria. illuſtrat igitur Ulpianus in Notis rem exemplo: ſcribens, Sabinum dicere meritoria, verbi gratia, quæ vulgo diverſoria vel fullonica appellant: eoque nolle, hæc & ſimilia ex domo fieri a fructuario. occurrebat quidem: quod fructuarius poteſt locare domum fructuariam. ſed in promptu eſt ſolutio: niſi locatio cadat in abuſum, numquam fructuario a teſtatore conceſſum. poteſt igitur fructuarius ex Sabini ſententia, domum locare, ut domum; id eſt, ad habitationem unius familiæ ad quam habuit eam teſtator: ad hoſpites autem recipiendos, id eſt, ut diverſorium ſit, locare non poteſt: manifeſta domus & diverſorii differentia, vel Ciceronis teſtimonio, *De ſenectute*, in his verbis, *Ex iſta vita ſic diſcedo, tamquam ex hoſpitio, non tamquam ex domo. commorandi enim natura diverſorium nobis, non habitandi dedit.* Sed eo redeo. ait Sabinus, *Nec per cœnacula dividere domum.* Hoc quid ſit, accipe a Vitruvio *lib.* 2. *De architectura c.* 8. ſic ſcribente; *Cum recipere non poſſet (Roma) area plana tantam multitudinem ad habitandum in urbe, ad auxilium altitudinis ædificiorum res ipſa coëgit devenire. itaque pilis lapideis, ſtructuris teſtaceis, parietibus cæmentitiis altitudines extructæ, contignationibus crebris coaxatæ & cœnaculorum ſummas utilitates perficiunt, & deſpectationes.* Sic Vitruvius nullo ſenſu. Salmaſius, *Plinian. exercit. pag.* 708. *col.* 1. *edit. Ultraject.* reſtituit ex optimo codice. *Altitudines extructæ contignationibus crebris coaxatæ cœnaculorum, ad ſummas utilitates, proficiunt diſparatione.* Senſu apto: puto enim, a Vitruvio ſignificari, altitudines ad ſummas utilitates proficere ædificiorum diſparatione per cœnacula: pari forma qua apud Ulpianum *d.* §. 8. *l.* 13. dicitur domus dividi per cœnacula. Ut ut eſt: apparet, cœnacula eſſe ſuperiora domus loca: ad quæ ſcalis adſcendi, Feſtus ait. ea per partes conducebant tenuiores, non impleturi totas ædes. exemplum apud Suetoninm *Vitellio c.* 7. Ab hac cauſa Prudentius, *lib.* 1. *Adverſus Symmachum*, cœnacula dicit celſa, ac ſcandi a vulgo. verba Prudentii.

Omnis qui celſa ſcandit cœnacula vulgus.

Ipſa quoque idcirco domibus, ædibus, inſuliſque opponuntur. mitto Livium *lib.* 39. *c.* 14. *l.* 30. *D. Locati*, Martialem, *lib.* 1. *Epigr.* 109. Juvenalem. *ſat.* 10. *verſ.* 16. eo

modo apud Reineſium, *Claſſ.* 7. *Inſcr.* 34. *p.* 509. ex Fragmento Petronii ex Dalmatia. C. POMPEIUS. DIOGENES. EX. KALENDIS. IULII. COENACULUM. LOCAT. IPSE. ENIM. DOMUM. EMIT Inſeruit hoc editioni Petronii nuper Vir CL. Petrus Burmanus *c.* 38. *pag.* 165. quem etiam vide in Notis. Igitur quid eſt? ſicut fructuarius in domo fructuaria non debet facere meritoria, diverſoria, verbi gratia: ita non debet domum dividere in cœnacula; diviſamque pluribus cœnaculatim locare: facturus illic & ſic meritoria, ex ſententia Suetonii, *Vitellio c.* 7. cœnaculum meritorium appellantis. certe non uſurus hoc modo domo, tamquam domo, id eſt, pro habitatione unius familiæ: ſicut convenit arbitrio viri boni. Poſtremo dicit Sabinus, *Nec balneum ibi faciendum eſt*. Obſcure. ſolum enim ſignificant ea verba, non eſſe faciendum ibi a fructuario novum balneum quod ante non fuerit. ſed, ſi audimus Ulpianum verſu, *Ego quidem & ſi balneum ſit*, quo verſu continetur Nota ad Sabinum; eſt id extra omnem dubitationem. vult igitur Ulpianus, a Sabino plus dici: nam & ſi ante jam fuerit balneum, uſibus dominicis ſolitum vacare in intima parte domus, vel inter diætas amœnas, & id locare cœperit fructuarius, ut publice lavet: non recte neque ex boni viri arbitratu facturum illic meritorium. & addit Ulpianus, non magis facturum hoc jure ſuo eſſe fructuarium, quam ſi domum habitationi deſtinatam, locaverit ad ſtationem jumentorum; aut ſtabulum domeſticis jumentis carrucisve paratum, piſtrino locaverit. in quo eſſe manifeſtum domus aut ſtabuli abuſum, fructuario illicitum, negari nequit. idque Paulus confirmat *l.* 14. *D. de uſufructu: Licet*, inquiens, *multo minus* fructum *percipiat*. Sic Florentiæ legitur: ſed ſcribendum, *fructUm:* id eſt, fructuum: ut oſtendi pridem *lib.* 2. *Obſerv. c.* 16. Sed de *d.* §. 8. *l.* 13. vel nimis: niſi addendum obiter, *carrucam* cujus ab Ulpiano ibi ſit mentio, eſſe vehiculum dignitatis, & bijuge *l. unic. C. de honoratorum vehiculis. l. unic. Cod. Theod. eod. tit.* atque argentatum aliquando, aut auratum. ſed hoc occuparunt Viri doctiſſimi, Iſaacus Caſaubonus, Notis ad Lampridium, *Alexandre Severo c.* 43. Guido Pancirollus, *Theſauro Var. lect. lib.* 1. *c.* 37. & Jacobus Gothofredus *ad. Cod. Theod. d. loc.*

CAPUT XIV.

De oneribus fructuariæ domus.

Sed fructuarius non tantum commoda fructuariæ domus percipit, verum & onera ejus ſuſtinet: certa ratione, eum non minus uti, quam frui oportere. in primis autem tenetur domum quam accepit, tueri *l.* 44. *D. de uſufructu:* id eſt, veterem quæ eſt, reficere. quo modo? hactenus ut ſit ſarta tecta *l.* 7. §. 2. *D. eod. tit.* Feſtus porro, *Sarte*, inquit, *ponebant pro integre: ob quam cauſam opera publica quæ locantur, ut integra præſtentur, ſarta tecta vocantur. ſarcire enim eſt integrum facere.* Sartum igitur & tectum ſervare eſt, (ut obſervavit Budæus, *Annot. in Pand. pag.* 205. *& ſeq.*) integrum & incorruptum ſervare. Faciet autem fructuarius refectiones non ſolum neceſſarias, ſed etiam voluptatis cauſa, ut tectoria, & pavimenta & ſimilia; modo nil ampliet, nec utile detrahat *d. l.* 7. §. 3. debet enim uti arbitratu boni viri: id eſt, non ad ſuum, ſed ad domini modum. De tectorio ſatis dictum. at pavimenta quæ ſint, quando inventa, qua conſtiterint arte, forma, elegantia picturæ atque operis teſſellati, poſtremo quomodo ex humo in cameras ſeu fornices tranſierint, dicendum foret: niſi plene executus eſſet Plinius *lib.* 36. *Nat. hiſt. c.* 25. cui adde ſis Caſaubonum ad Suetonii *Julium c.* 46. & Salmaſium, *Plinian. exercit. Edit. Ultraj. pag.* 854. Igitur ſufficit fructuario, (nam huc revertor) domum ſartam tectam præſtare modica refectione & tutela. Ad novæ ædificationem, aut veteris ſine culpa ſua collapſæ, reſtaurationem non tenetur. Sed nec heredem cogi, collapſam reſtituere, curioſe obſervat Cicero, *Topicis n.* 8. Verba Ciceronis. *Si ædes exeſæ corruerunt, vitiumve fecerunt, quarum uſusfructus legatus eſt, heres reſtituere non debet, nec reficere, non magis, quam ſervum reſtituere, ſi is cujus uſusfructus legatus eſt, deperiſſet.* Sic Cicero. etiam Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. *& l.* 65. §. 1. *D. eod. tit.* ſcilicet, quia uſusfructus reſpectu domini proprietatis eſt ſervitus: cujus proprium eſt; ne dominus facere, ſed ut pati, teneatur *l.* 15. *D. de ſervitutibus.* Si tamen heres, ut poteſt, ſponte refecerit collapſam partem: ait Ulpianus, paſſurum uti fructuarium *d. l.* 7. §. 2. Tenetur igitur fructuarius domum ſartam tectam ſervare: ac ſi ceſſet; ait Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. poſſe per arbitrum cogi. addit, quod & alia onera agnoſcit: *ut puta*, inquit, *ſtipendium, vel tributum, vel ſalarium, vel alimenta ab ea re relicta.* Ita Florentiæ. alibi legitur *ſolarium:* fortaſſe melius: ut ſupra monui. de ſolarii autem ratione & cauſa non eſt, quod hic plura exſpectes: cum ſufficiat diligentia CL. Viri, Petri Burmanni, *De vectigalibus Populi Romani, c.* 12. Minus probo, quod in *d.* §. 2. alias editur, *ab eo relicta.* ſervanda Florentina lectio, *ab ea re relicta.* erat, opinor, ſcriptum, *ab ea RElicta* inde factum, *ab eo relicta:* cum oporteret poni, *ab ea re relicta.* juvant Græci; & exemplum in *l.* 8. §. 1. *D. de transactionibus.* Præ-

tor

ter hæc tenetur fructuarius, ſi vicinus petat, ſibi caveri damni infecti nomine, ei cavere, & quidem datis fidejuſſoribus. quod ſi ceſſet facere, cum petit vicinus, eoque compulſus eſt dominus repromittere, (repromiſſione enim is defungi poteſt) prohiberi debet fructuarius uti frui *l. 9. §. 5. D. de damno infecto.* Ea igitur cauſa non eſt fructuarius, ſi paratus ſit uſumfructum derelinquere, cogendus domum reficere, in quibus caſibus ei hoc onus incumbit. ita ante acceptum contra eum Judicium: imo & poſt acceptum, ſi paratus ſit derelinquere uſumfructum, abſolvi debet a judice *l. 64. l. 48. D. de uſufructu.* Niſi ſi quid ſit deterius factum ſuo ſuorumque facto. nam tum, licet velit uſumfructum derelinquere, non eſt abſolvendus. debet enim omne quod diligens paterfamilias in ſua domo facit, & ipſe facere *l. 65. D. eod. tit.* alioquin eo obligatur nomine, nec obligatione, niſi præſtatione ejus quod debet, liberatur.

Nec hoc quidem improbo: quod Ulpianus *l. 7. §. 1. D. de uſufructu* ait, placuiſſe, fructuarium mitti in poſſeſſionem vicinarum ædium ex cauſa damni infecti, & eas, ſi perſeveretur non caveri, jure dominii poſſidere: nec quidquam amittere, finito uſufructu. nec tamen in hoc ſemper itum fuit omnium conſenſu: ſi credimus Ulpiano *l. 13. §. 8. D. de damno infecto:* dicenti, Superficiarium & fructuarium damni infecti utiliter ſtipulari, hodie conſtat: cur enim ait, Hodie: niſi quod olim idem non peræque conſtitit. Eſt interim ratio ejus juris non injuſta: quia (ut Paulus ait *l. 18. D. eod. tit.*) Damni infecti ſtipulatio competit non tantum ei cujus in bonis res eſt, ſed etiam cujus periculo res eſt. tenetur porro fructuarius, durante uſufructu, uti frui arbitratu boni viri, & finito, reſtituere quod extabit. debet igitur, durante uſufructu, providere, ne ruina vicinarum ædium vitientur aut tollantur fructuariæ ædes: ſicut ſolet bonus paterfamilias. quod ſi neglexerit facere, & ruina damnum fiat fructuariis ædibus: æquum eſt, id nocere ei cujus culpa accidit. vice verſa non fuerit abſurdum, lucrum ſi quod inciderit ex cauſa damni infecti, ad fructuarium pertinere: volente ratione, quem ſequuntur incommoda, eum ſequi commoda. quod autem ſic perceptum eſt a fructuario jure uſusfructus, ejus manet finito uſufructu: ſiquidem ſufficit ei, reſtituere quod ex re fructuaria ſupereſt. porro intereſt inter rem fructuariam, & quod ex ea, ejuſve occaſione percipitur jure uſusfructus. nam illa eſt domini proprietatis: hoc fructuarii. eſt igitur illa domino reſtituenda, finito uſufructu: hoc non reſtituitur ei, ſed fructuarii manet.

Caput XV.

De conſtituenda a proprietario ſervitute prædii ex conſenſu fructuarii.

Poſtquam explicui uſumfructum fundi & ædium, vix mihi tempero: ne hic tractem de jure imponendæ, adquirendæve ſervitutis prædii ruſtici vel urbani. de quo eſt vetus & moleſta quæſtio: cui cauſam præbuit Ulpianus *l. 15. §. ult. D. de uſufructu*, Paulus *l. 16. D. eod. tit.* & Pomponius *l. 2. D. Si uſusfructus petetur.* agam diligenter: ſed primum Ulpiani verba apponam. dabunt enim certius conſilium ſubjecta oculis Ulpiani verba. *Sed nec ſervitutem imponere fundo poteſt proprietarius. nec amittere ſervitutem. adquirere plane ſervitutem eum poſſe, etiam invito fructuario, Julianus ſcripſit. Quibus conſequenter, fructuarius quidem adquirere fundo ſervitutem non poteſt: retinere autem poteſt; & ſi forte fuerint, non utente fructuario, amiſſæ, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus ne quidem conſentiente fructuario ſervitutem imponere poteſt.* Primum negat Ulpianus, fructuarium fundo adquirere ſervitutem. puto, quia ſervitus eſt fundi qualitas quæ poteſt a fundi domino adquiri fundo: a fructuario qui non eſt fundi dominus, fundo adquiri non poteſt. at quamquam fructuarius non poteſt ſervitutem fundo adquirere; poteſt tamen, ut Ulpianus ait, ſervitutem fundo retinere. nam eam utendo retinet proprietarius cui conſtituta eſt: nullo diſcrimine, utrum per ſe utatur ſervitute, an per alium *l. 20. & ſeqq. D. Quemadmodum ſervitutes amittuntur.* poteſt igitur ſervitutem per fructuarium retinere. idque in tantum placet: ut fructuarius, propter ſervitutem non utendo amiſſam, domino teneatur. debet enim fundo uti frui arbitratu boni viri: non ſoliti, prædii ſervitutes non utendo amittere. igitur ſi id fecerit fructuarius, tenetur domino proprietatis. ita in fructuario jus eſt. Quid in proprietario? ait Ulpianus *d. l. 15. §. ult.* poſſe fundo adquirere ſervitutem, & conſentiente, & invito fructuario: amittere non poſſe. idque verum eſt.

De eo quæritur, an poſſit fundo imponere ſervitutem, utique uſuifructui noxiam? & negat Ulpianus, impoſiturum: diſſentiente fructuario. nam ut fundi dominus ſit, ac jus conſtituendæ ſervitutis a jure dominii procedat, recteque poſſit fundum ſuum dicere, etiam cum alienus eſt uſusfructus *l. 25. D. de verborum ſignificatione:* non idcirco debebit impedire fructuarium utentem: ne deteriorem efficiat ejus conditionem. atque hoc quoque æquum eſſe, ultro omnes fatentur.

Illud durius videtur, quod porro ait Ulpianus *d. l. 15. §. ult.* *Proprietatis dominus, ne quidem conſentiente fructuario, ſervitutem*

imponere poteſt. Adeo non ferunt hoc Eruditiſſimi Juris Interpretes. quin putant, Ulpiano malam nocuiſſe manum. nec interim ſunt contenti uno medicinæ genere. At meo judicio, potuerunt parcere ſupervacuæ emendationi. habet enim hæc Ulpiani definitio rationem juris non inſubtilem. ea ratio eſt: quod prædii ſervitus eſt prædii qualitas: quam, ſi nocitura ſit conſtituto jam uſuifructui, non poteſt dominus prædio fructuario imponere: neque invito fructuario; quia non habet plenam proprietatem: neque conſentiente; quia nihil facit conſenſus non habentis prædii proprietatem, neque ſolidam eo modo facientis, quamdiu retinet uſumfructum ab ea ſeparatum. optime Prudentius, *Hamartigenia.*

Jus varium non eſt plenum: quia non habet alter
Quidquid diſpar habet: cumulum diſcretio carpit.

Erit huic ſententiæ pignus atque indicium, quod mox idem Ulpianus in *l.* 17. *D. de uſufructu* (quæ eſt ex eodem *lib.* 18. *Ad Sabinum* ex quo eſt *d. l.* 15. §. *ult.*) ita ſubjicit. *Locum autem religioſum facere poteſt conſentiente fructuario. & hoc verum eſt favore religionis.* Ulpianus ſignificat, non poſſe quidem proprietarium ex regulis Juris facere locum religioſum, quamquam conſentiente fructuario: recipi autem favore religionis; ut a proprietario poſſit conſentiente fructuario fieri religioſus: atque id quia ſingulari jure fit favore religionis, qui favor ceſſat in conſtituenda ſervitute: conſequens eſſe, ut non poſſit ſervitus a proprietario imponi fructuario fundo, etſi conſentiente fructuario: dum is uſumfructum ſuum retineat. hic eſt utriuſque loci ſenſus: ut apparet ex utriuſque comparatione. Aliquis dicat, poſſe fructuarium juri ſuo renuntiare vel in totum, vel pro parte: & cum conſentit domino imponenti ſervitutem, recedere ab uſufructu, quatenus eſt contraria uſuifructui ſervitus. quomodo conſentiens creditor pignoris venditioni, pignus amittit. Sed vereor: ne non procedat hoc argumentum. imo arbitror, eſſe tale pactum ad hoc inutile: ut proprietario fiat jus conſtituendæ ſervitutis. id vel inde intelligitur: quod ut dicat fructuarius, ſe conſentire impoſitioni ſervitutis; ob id non facit domini plenam proprietatem: non enim hoc pacto perit uſusfructus; neque eo ſolida fit proprietas: quia eam ſic ſolidam facere non potuit: ſervantibus formam Juris: quo uſusfructus certis finitur modis: inter quos eſt in jure ceſſio domino proprietatis facta, pactum conventum non eſt. Nil facit argumentum deſumptum a conſenſu creditoris, hypothecæ alienationi conſentientis. tollitur enim hypotheca nudo conſenſu, ſicut eo conſtituitur. ſed uſusfructus habet modos certos quibus conſtituatur & finiatur: inter quos nuda pactio non eſt; ut dixi. id eo clarius certiuſque fuerit: quia ſimiliter dici poſſit, ſervandum eſſe pactum quo fructuarius conſentiat domino; volenti, locum religioſum facere: quaſi illo pacto juri ſuo renuntiet: quod & ei & aliis licet. videri enim renuntiare juri uſusfructus ſui deinde in religioſo loco non conſiſtentis. verum negat Ulpianus, quatenus ad regulas Juris attinet, id fructuarii conſenſu fieri: etſi contra obtineat favore religionis. quid ni igitur negat, hoc pactum & in ſervitute valere ex regulis Juris? Dices, eſſe proprietario jus imponendi prædio ſervitutem, non facturam deteriorem fructuarii conditionem: atque ita Paulum præire in his verbis *d. l.* 16. *D. de uſufructu. Niſi qua deterior fructuarii conditio non fiat; veluti ſi talem ſervitutem vicino conceſſerit, jus ſibi non eſſe altius tollere.* Paulus vult, dominum proprietatis poſſe ædibus fructuariis ſine fructuarii conſenſu imponere ſervitutem uſuifructui non nocituram. quod ſi eſt: quid ni poſſit illi nocituram imponere conſenſu fructuarii? Sed aliter ſe res habet. diſtinguenda enim eſt ſervitus peræque ad proprietatem & uſumfructum pertingens, a ſervitute ad proprietatem quidem reſpiciente, ſed ad uſumfructum non pertingente. nam ſi ſervitus & proprietatem & uſumfructum afficit: tum ſive interveniat fructuarii conſenſus, ſive non interveniat; non poteſt ea a proprietario imponi fundo fructuario; ut dictum: quia fructuarius neque jus proprietatis habet, neque conſenſu ſuo quidquam confert ad impoſitionem juris fundo inhæſuri. at ſi proponatur ſervitus ad ſolam pertingens proprietatem, non prohibetur dominus eam fundo imponere: ſupervacuo fructuarii conſenſu, ubi ſola ſervitutem debitura eſt proprietas: veluti, (quod eſt exemplum *d. l.* 16.) ſi dominus proprietatis vicino talem concedat ſervitutem, Ne ſibi liceat altius tollere. reſpicit enim hæc ſervitus in non faciendo conſiſtens, nudam proprietatem: ad uſumfructum non pertinet. poteſt igitur a domino imponi prædio, etiam ſine fructuarii conſenſu: ſicut ſi uſumfructum afficeret, non poſſet a domino imponi fundo, conſentiente fructuario. At enim poteſt ſuperficiarius ſervitutem imponere ſuperficiei quam non habeat omni jure. Sed id nil obſtat: ſicut enim ad ſervitutis impoſitionem neceſſarium ei eſt dominium a quo ſeparatum non ſit jus utendi fruendi: ita non opus eſt, id ejus eſſe omni jure. quin ſufficit, ipſum uti frui ſuperficie: & ut nequeat ſervitutem ſuperficiei imponere Civili Jure; quia eo Jure non eſt ſuperficiei dominus: tamen ſi ei impoſuerit ſervitutem, Prætor qui eum pro domino habet conſtituta ſuperficie, eam ſervitutem tuetur non directis, ſed utilibus actionibus *l.* 1. §. *ult. D. de ſuperficiebus.*

Expoſui Ulpianum & Paulum *d. l.* 15. §. *ult. l.* 16. & 17. *D. de uſufructu.* tranſeo ad Pom-

Pomponium *l.* 2. *D. Si uſusfructus petetur.* verba Pomponii. *Si ab herede ex teſtamento fundi uſusfructus petitus ſit, qui arbores dejeciſſet, aut ædificium demolitus eſſet; aut aliquo modo deteriorem uſumfructum feciſſet, aut ſervitutes imponendo, aut vicinorum prædia liberando: ad judicis religionem pertinet, ut inſpiciat, qualis ante judicium acceptum fundus fuerit, ut uſufructuario hoc quod intereſt, ab eo ſervetur.* Prima facie vult Pomponius: quod heres poteſt ſuo jure, etiam irrequiſito fructuarii conſenſu, ſervitutem fundo fructuario imponere: eoque facto, una competit fructuario actio ad id quod ejus intereſt, talem ſervitutem fundo non eſſe impoſitam: quod ſuperioribus eſt contrarium. nam ſi heres, id eſt, dominus proprietatis, ſolus poteſt ſervitutem imponere fundo fructuario: quæ dabitur ratio; cur minus faciat conſenſu fructuarii? videamus tamen, ne nihil faciat Pomponius. non enim loquitur de conſtituto jam uſufructu, de quo nos egimus hactenus: ſed de uſufructu nondum conſtituto. hoc ut intelligatur, ita concipienda ſpecies eſt. teſtator aliquem inſtituit heredem; & ab eo alii legavit uſumfructum fundi Corneliani. is heres ante traditum legatario uſumfructum, imponit fundo Corneliano ſervitutem; aut vicina prædia liberat debitis ſervitutibus. hæc ſpecies, in qua non debuit heres illa agere, etſi nondum conſtituto uſufructu. & tamen ſi fecit; jure fecit: quia erat pleno jure dominus. cæterum, quia ſic adverſus defuncti voluntatem deteriorem fecit uſusfructus cauſam, licet reſcindi quod actum eſt, non poſſit, tamen dabitur fructuario ex teſtamento actio adverſus heredem: ut quanti interſit fructuarii, non eſſe ſic actum, ab herede ſervetur. ſic ante traditum uſumfructum. poſtea non eſt opus actione ex teſtamento: nam deinde non poteſt heres, invito fructuario, ſervitutem imponere fructuario fundo, aut vicina prædia ſervitute debita liberare: & ſi contra faciat, nihil agit ipſo jure. eſt hoc ſummopere notandum: ſimul, quod ante traditum uſumfructum, eo rectius poteſt heres ſervitutem fundo fructuario imponere: quod in reliquis quidem legatis traditiones ab herede factæ, ad tempus aditæ hereditatis referuntur *l.* 8. *D. de rebus creditis.* at legatum uſusfructus non perinde retro agitur: non enim intelligitur cedere a morte teſtatoris, neque ab adita hereditate *l. unic.* §. 6. *C. de caducis tollendis:* quod in facto, hoc eſt in fruendo conſiſtit *l. unic. D. quando dies uſusfructus legati cedat.* ita quamquam pro debito ex die aditæ hereditatis habetur, tamen non habetur pro adquiſito, ante traditionem ab herede factam; quando nullam admittit retro fictionem: cum non poſſit conſtitui ſine perſona vera quæ fruatur. ergo antequam conſtitutus, ſive traditus ſit, validum quidem eſt factum heredis deteriorem facientis uſumfructum: nec tamen eſt impunitum: quia nil debuit facere in injuriam fructuarii: cui jam ex die cedentis legati ex teſtamento debebatur uſusfructus. proinde pertinet ad religionem Judicis, ut inſpiciat, qualis ante judicium acceptum fundus fuerit. Sed de domo & ædibus vel nimis.

Caput XVI.

De uſufructu ſervi.

Veni ad ſervi uſumfructum. placet vero Veteribus, quidquid ille ex operis ſuis, vel ex re fructuarii adquirat, fructuario adquiri: ſi extra eas cauſas quid perſecutus ſit, ad dominum proprietatis pertinere, auctor Gajus *l.* 10. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio.* Paulus quoque *lib.* 5. *Sentent. tit.* 7. §. 5. ait vero Ulpianus *l.* 21. *D. de uſufructu,* id obtinere in primis, ſi legatus ſit uſusfructus ſervi. ſed in *l.* 25. §. *ult. D. eod. tit.* quærit, an & tunc locum habeat, ſi per traditionem vel ſtipulationem vel alium quemcumque modum ſit conſtitutus? ſubjicit autem, *Et vera eſt Pegaſi ſententia, quam & Julianus libro ſexto decimo ſecutus eſt, omnia fructuario adquiri.* Sic editur. ſed jam obſervavit Jacobus Cujacius, *lib.* XI. *Obſerv. c.* 36. ſcribendum, *omni fructuario adquiri.* quo modo Græci legerunt, *Baſilic. lib.* XVI. *tit.* 1. *tom.* 2. *pag.* 256. nec tamen diſſimulabo, ſervari poſſe receptam lectionem, nulla detracta linea: modo reſtituatur, *omni a fructuario adquiri.* quod carioſe nuper animadvertit Gulielmus Beſt, quem honoris cauſa hic appello, *lib. de Ration. emendandi leges, c.* 7. §. 7. *pag.* 89. *& ſeq.*

Primum igitur adquiritur fructuario quod ex ſervi operis adquiritur. ſunt enim operæ in fructu ſervi, & ob operas mercedes *l.* 3. *&* 4. *D. de operis ſervorum.* ſolet certe haberi ſervus, ut ſerviat: & a fine ad quem habetur res, ejus fructus æſtimatur. dato igitur ſervi uſufructu, debet ſervus fructuario, vel ei cui is velit, operas: ac ſi operari nolit, cogi poteſt *l.* 23. §. 1. *D. de uſufructu.* quando intelligitur fructuario conceſſione uſusfructus concedi omne ſine quo exerceri nequit.

Sed hoc procedit: dum ne ſervus ſub pœnā emptus ſit, interdictis ei certis quibuſdam. nam obſervare hæc debet fructuarius. alioquin non, ut debet, utitur & fruitur boni viri arbitratu *l.* 27. §. *ult. D. eod. tit.* Ea quoque ratione curabit: ne ſervi artificium contrariis & inuſitatis miniſteriis corrumpat; neve eum cicatricibus deformet. nam vel hæc ei cavenda eſſe, Ulpianus monet *l.* 17. §. 1. *D. eod. tit.* quia ut competat ei ſervi uſusfructus:

tus: non tamen ei competit fructus liber atque infinitus: ſed fructus cui uſus ineſt fruendi cauſa. uſus autem rei ejus conditione finitur. poteſt igitur fructuarius ſervo uti ad ejus conditionem *l.* 15. §. 1. *D. eod. tit.* ſed eo abuti, id eſt, contrariis & inuſitatis miniſteriis ejus artificium corrumpere non debet. ut ſi (quod exemplum habet Ulpianus *d. l.* 15. §. 1.) *Librarium rus mittat, & qualum ac calcem portare cogat.* Librarius eſt qui plenius Scriba librarius appellatur in veteribus Inſcriptionibus: ejuſque officium eſſe, inter alia libros deſcribere, cum ex Gajo liquet *l.* 49. *D. de operis libertorum*, tum ex Cicerone, *lib.* XII. *Ad Atticum, epiſt.* 39. & Suetonio in *Domitiano c.* X. notum eſt. Qualum porro Feſtus in *Canephora* exponit canum, ſeu ciſtæ genus. Eſt & qualus vindemiatorius exceptoriuſque in quo uvæ comportantur: auctore Ulpiano *l.* 8. *D. de inſtructo vel inſtrumento legato.* Iſidorus *lib.* 20. *Originum c.* 14. interpretatur corbem colaque per quæ muſtum fluit. & ita Virgilius uſus fuit *lib.* 2. *Georgic. verſ.* 241. quod præter Cujacium, *lib.* XI. *Obſerv. c.* 36. etiam annotavit Pancirollus, *Theſaur. vár. lect. lib.* 1. *c.* 36. Habes unum exemplum contrarii & inuſitati miniſterii. Alterum in *d. l.* 15. §. 1. eſt, *Si hiſtrionem balneatorem faciat, vel de ſymphonia atrienſem, vel de palæſtra ſtercorandis latrinis præponat.* Ulpianus *de ſymphonia* dixit pro ſymphoniaco: & *de palæſtra* pro palæſtrita. quomodo Juſtinus *lib.* 1. *c.* 6. ſervum *de ergaſtulo* dixit: & Cicero *lib.* 2. *De oratore c.* 7. hominem *de ſchola.* ſic apud Apulejum *lib.* 1. *Metamorphoſ. Alium* de foro *quidem quod adverſus eam locutus eſſet, in arietem deformavit.* Atrienſis munus attingit Jacobus Cujacius *lib.* X. *Obſerv. c.* 34. fuiſſe eum inter lautiores ſervos, oſtendit Fredericus Taubmannus, ad Plautum, *Aſinar.* 2. 1. *verſ.* 16. *& Pſeudol.* 2. 2. *verſ.* 15. Porro latrinas ſtercorare eſt, exſtercorare, extergere, lavare. quod viliſſimi mancipii eſſe, res loquitur, & ex Plauto tradit Cujacius, *d. c.* 36. *lib.* XI. Cæterum ut non poteſt fructuarius artificium ſervi quod certum ſit, corrumpere contrariis & inuſitatis miniſteriis; ita ait Ulpianus *l.* 27. §. 2. *D. de uſufructu*, fructuarium uſurum arte vel peritia ſervi, cujus quaſi vacuo miniſterio teſtator utebatur: ſi eum ipſe diſciplinis vel arte inſtituerit. Recte. ſed quod eſt vacuum ſervi miniſterium, idem arti & diſciplinæ oppoſitum? nempe, quod non eſt uni & certo officio aut arti deſignatum, & contra omni operi vacans. quo ſenſu dicitur vacuus locus, vacua hereditas, vacantia bona: quum non ſunt occupata. quod ſi eſt: videtur ſervus cujus veluti vacuo miniſterio utitur teſtator, eſſe idem mediaſtino. nam & is artifici opponitur *l.* 6. *D. de operis ſervorum*, & ordinario *l.* 15. §. 44. *D. de injuriis*; videtur etiam, (ut dudum ab aliis traditum) dici mediaſtinus, quod in medio ſtet ſervus expoſitus omnibus, non certi officii, ſed varii uſus, ideoque ordinario vilior. quales qui in balneis thermiſque ſunt: qui, ut Nonius auctor eſt, proprie mediaſtini vocantur: etſi loquendi uſu obtinuit, ut qui in ædibus omni vacant miniſterio, eo nomine continerentur. igitur ſi vacuum eſt ſervi miniſterium, quia non eſt a domino aſſignatus uni arti aut officio: nihil prohibet, eum a fructuario alicui adhiberi arti aut diſciplinæ; artiſque ejus ac peritiæ fructum ad fructuarium pertinere. quod ſi occupatum jam a proprietario ſit ejus miniſterium: deinde reſiſtit jus proprietatis, & forma uſusfructus, ne a fructuario contrariis & inuſitatis miniſteriis ejus ſervi officium corrumpatur. Addit Ulpianus *d. l.* 17. §. 1. *D. de uſufructu*, nec oportere ſervum *cicatricibus deformare.* nimirum, ne his quoque deterior fiat proprietarii conditio. intelligit autem Ulpianus cicatrices in primis ſtigmatum quæ in ſervorum frontibus aut vultibus uri aut ſcribi ſolent pluribus non modo literis aut verbis, ſed etiam verſibus & crimen, & cauſam ſtigmatis indigitantibus: qua de re copioſe & erudite V. CL. Juſtus Lipſius *lib.* 2. *Electorum c.* 15. Eadem cauſa non debet fructuarius ſervum torquere aut flagellis cædere *l.* 23. §. 1. *D. de uſufructu.* utrumque enim cicatricibus eum deformat: illud etiam membra ejus divellit ac luxat: ut Prudentius indicat, *Periſtephan. Hymno Vincent. Mart.* & Imperatores *l.* 7. *C. de maleficis & mathematicis.* Ita licita ſit fructuario modica ſervi coërcitio: at atrox, ut flagellorum ac tormentorum, non eſt *d. l.* 23. §. 1. ſpectat enim ad plenam quæ non eſt fructuarii, ſed domini: modo ſi ſine dolo malo faciat *d. l.* 17. §. 1.

At fructuarii juris fit non tantum quod ex operis ſuis, verum etiam quod ex re fructuarii adquirit fructuarius ſervus *d. l.* 10. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio:* ut, ſi quod fecerit compendium ex adminiſtratione peculii a fructuario ei conceſſi; aut ex adminiſtratione rerum ejus *l.* 31. *D. de uſufructu:* cujus complura exempla adfert Theophilus *ad* §. 4. *Inſt. Per quas perſonas cuique adquiritur.* eſt vero id conſequens rationi: quæ voluit, diſtinctis dominiis, ſi quid utilitatis ex alicujus re pervenerit, ejus fieri. Et tamen ita eſt: niſi ſervus nominatim proprietario aut ejus juſſu adquirat. nam tum magis eſt, proprietario, quam fructuario, adquirere *l.* 25. §. 3. *D. de uſufructu*, *l.* 37. §. 5. *D. de adquirendo rerum dominio.* id eo certius dixero: quia & ſi proprius ſervus ſit hoc animo, ut nolit domino quærere, non adquirit domino *d. l.* 37. §. 4. *& l.* 1. §. 19. *D. de adquirenda poſſeſſione:* & ſi duorum communis ſervus nominatim uni ſtipuletur, quod non vult alteri adquiſitum, uni ſoli adquirit *l.* 5. *D. de ſtipulatione ſervorum.* miramur igitur, ſi non fructuario adquiſitum velit fructuarius ſervus, ſed domino proprietatis;

tatis; non fructuario, ſed domino adquiri? utique recto jure. nam ne locupletior eo prætextu fieret dominus cum injuria fructuarii: poteſt id domino condici utroque in caſu *l.* 39. *D. de ſtipulatione ſervorum:* quemadmodum ſi communis ſervus adquiſierit ex re alterius domini, eſt quidem id commune utriuſque; ſed poteſt is ex cujus re adquiſitum fuerit, eam ſummam præcipere communi dividundo judicio *l.* 28. §. 1. *D. eod. tit. l.* 45. *D. de adquirendo rerum dominio.*

Igitur quod ex operis ſuis, vel ex re fructuarii adquirit fructuarius ſervus, fructuarium ſequitur. ſi extra has cauſas quid adquirat ille ſervus: ad proprietarium pertinet *l.* 10. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio.* quia enim ſervus naturaliter adquirit domino in cujus poteſtate eſt; fit quodammodo neceſſitate: ut quod fructuario adquiri nequit, domino adquiratur *l.* 25. §. 3. *D. de uſufructu.* eſt hoc rationis in his quæ ex re proprietarii adquirit fructuarius ſervus. finge, hominem emiſſe & traditum accepiſſe, antequam ſolvat: in pendenti eſt, cui adquirat proprietatem. nam ſi ſolverit ex peculio fructuarii, ejus fuiſſe homo intelligitur: ſi ſolverit ex peculio proprietarii, videtur hujus ex poſt facto fuiſſe *d. l.* 25. §. 1. *l.* 43. §. 2. *D. de adquirendo rerum dominio.* Idem eſt: ſi quid adquirat ſervus, etſi non ex re proprietarii, tamen aliunde, quam ex re fructuarii, aut operis ſuis: ut ſi heres ſit inſtitutus, aut ſi quid ei ſit donatum legatumve. non enim adquirit hoc ex operis ſuis, neque ex re fructuarii: ſed ex benevolentia & liberalitate teſtatoris aut donatoris. non igitur fructuario adquirit, ſed proprietario. præterquam, ſi illi ſit fructuarii contemplatione donatum legatumve *l.* 21. *l.* 22. *D. de uſufructu.* nam tum fructuarii fit: quia etſi non ex ſervi opera, neque e re fructuarii provenerit; tamen quia ſervo datum eſt fructuarii contemplatione, prope e re ejus adquiſitum eſſe intelligitur *l.* 45. §. *ult. D. de adquirenda hereditate.* ita, ſi liqueat, ſervo donatum aut legatum eſſe fructuarii gratia. at ſi indiſtincte datum, legatumve eſt: magis eſt, proprietario adquiri. hoc Paulus vult *l.* 49. *D. de adquirendo rerum dominio,* his verbis. *Quod fructuarius ex re ſua donat, ex re ejus eſt. ſed ſi eo animo id fecerit, ut ad proprietatis dominum pertineat: dicendum eſt illi adquiri. ſi autem extraneus ei donet, indiſtincte ſoli proprietario adquiritur.* Sic Florentiæ interpungit Taurellius: & omnes exhibent editiones, quantum ſcio. ſed præſtat ſcribi, *ſi autem extraneus ei donet indiſtincte, ſoli proprietario adquiritur.* Senſus. Si extraneus, id eſt, alius, quam fructuarius, ſervo fructuario indiſtincte, hoc eſt, ſimpliciter donet: tum non fructuario adquiritur, ſed ſoli proprietario.

Atque hoc quidem in donatione & legato ſine dubio eſt. de hereditate autem ambigi poſſit, fructuario ſervo herede inſtituto; an fructuario aditione adquirat hereditatem. ſed verius eſt, non adquirere fructuario *l.* 25. *D. de adquirenda hereditate.* atqui hereditas per ſervum aditur *l.* 3. *C. de heredibus inſtituendis.* ſed placuit, aditionem hereditatis non eſſe in operis ſervi *l.* 45. *D. de adquirenda hereditate, l.* 47. *D. de adquirendo rerum dominio;* etſi verum ſit, ejus facto fieri.

Similis quæſtio eſt apud Tryphoninum *l.* 63. §. 3. *D. eod. tit.* ſi theſaurum inveniat fructuarius ſervus in loco ejus qui habet ſervum proprium: an totus illius ſit? & ſi in alieno, utrum eidem adquirat partem, an fructuario? inſpectio illa eſt, num ex operis ſervi adquiratur. finge, terram ſodientem invenisſe, ut hoc dicatur fructuarii eſſe. quod vero ſubito & in abdito loco poſitum nihil agens, ſed aliter ambulans invenit; proprietatis domini ſit. arbitratur tamen Tryphoninus, neque illius partem ad fructuarium pertinere: cauſatus, neminem ſervorum opera quærere theſaurum; nec ſervum ea propter tum terram fodiſſe; ſed alii rei operam inſumpſiſſe, & fortunam aliud dediſſe. proinde ſi theſaurum ſervus invenerit in ipſius fructuarii agro, eum partem ſolam habiturum: ſed non ut fructuarium; (quia a fortuna dari videtur theſaurus) ſed ut agri dominum: alteram partem ad eum cujus in ſervo proprietas eſt, perventuram.

Fuit & de ancillæ partu vetus quæſtio: in qua Brutum a Scævola & Manilio diſſenſiſſe, refert Cicero, *De finibus lib.* 1. Sed Ulpianus *l.* 68. *D. de uſufructu,* Bruti, inquit, ſententia obtinuit, fructuarium in eo locum non habere. neque enim in fructu hominis homo eſſe poteſt. hac ratione nec uſumfructum in eo habebit fructuarius. cæterum etſi ancillæ partus, ancillæ dato uſufructu, fructuarii non ſit, repugnante natura uſusfructus: tamen ſi relictus ſit ipſius partus uſusfructus, placet Ulpiano *d. l.* fructuarium habere partus uſumfructum. cum enim legari poſſit partus, id eſt, proprietas partus: quid ni legari poterit uſusfructus ejus?

Ex hiſce apparet, quidquid ex operis ſuis vel ex re fructuarii adquirit fructuarius ſervus, fructuarii eſſe: ſi extra eas cauſas adquiſiverit, proprietario quæri. idque in tantum verum eſt: ut ſi is ſervus velit, hoc fructuario ſtipulari, nihil agere intelligatur *l.* 25. §. 3. *D. de uſufructu, l.* 22. *D. de ſtipulatione ſervorum.* nam ut dictum ſupra, poteſt fructuario tantum ex duabus cauſis adquirere: ſcilicet, ex re ejus, & ex ſuis operis: etſi poſſit domino proprietatis ex omnibus cauſis, id eſt, etiam aliunde, quam ex re ejus, & ex ſuis operis adquirere.

Inde ſubnaſcitur alia quæſtio apud Julianum *l.* 1. §. 5. *D. de ſtipulatione ſervorum,* verbis ſequentibus. *Si fructuarius ſervus ſtipulatus eſſet fructuario aut proprietario: ſi quidem ex re fructuarii ſtipulatus eſſet, inutilis eſt ſtipulatio: quia utrique ex re fructuarii actionem ad-*

quirere potuiſſet. ſed ſi aliud ſtipulatus fuiſſet, proprietarium petere poſſe: & ſi promiſſor fructuario ſolviſſet, liberatur. Quæritur: ſi fructuarius ſervus ſtipulatus eſſet proprietario aut fructuario; an valeat ſtipulatio? & ait Julianus, ſi quidem ex re fructuarii ſtipulatus eſſet, inutilem eſſe ſtipulationem: quia potuiſſet actionem utrique ex re fructuarii adquirere: in propoſito autem non liquet, utri maluerit obligationem adquirere. igitur incertum rei, &, ut Ulpianus *l.* 13. *D. eod. tit.* infit, τὸ ἰσάζον, id eſt, æquivalens, facit, ut ſtipulatio corrumpatur: idem de ſolutione dicendum: eo quod non invenitur, in cujus perſona ſtipulatio, in cujus ſolutio conſiſtat: ut & evenit in *l.* 9. §. 1. *l.* 10. *l.* 11. 12. *&* 13. *D. eod. tit.* Sic: ſi ex re fructuarii eſſet ſtipulatus proprietario aut fructuario dari. at ſi aliud ſtipulatus fuiſſet, puta ex re proprietarii, vel certe aliunde, quam ex re fructuarii; jam valet ſtipulatio: quia apparet, eam proprietario, non fructuario adquiri. nam, ut dixi, ſolum poteſt fructuario ex re ejus, aut ex ſervi operis adquiri a fructuario ſervo: non æque quod extra eas cauſas ab eo adquiritur; ut ut ei nominatim ſtipuletur. contra poteſt fructuarius ſervus proprietario & ex re ejus & aliunde ſtipulari. proinde ſi ex re domini proprietatis ſtipulatus ſit domino aut fructuario: adquiretur quidem domino ex ea ſtipulatione obligatio: fructuario autem ea non adquiritur: tantum eſt is pro adjecto ſolutionis gratia: nec ei exactio competit; ſed ei ſolvi poteſt: & ſi ſolutum ei ſit; liberatus obligatione eſſe promiſſor intelligitur. atque huc redit Julianus *d. l.* 1. §. 5. nec hic tantum: ſed Gajus quoque *l.* 28. *D. eod. tit.* amplius Paulus *l.* 98. §. 7. *D. de ſolutionibus.* illud inſuper obſervandum: quod alter Julianum allegat: uterque caſum ad hanc concipit formam, *Si ex re domini domino aut fructuario ſervus ſtipulatus fuerit.* quæ igitur mora eſt: ne eodem modo reſtituatur in *d. l.* 1. §. 5. Julianus: *Si fructuarius ſervus ſtipulatus eſſet proprietario aut fructuario:* licet cuncta exemplaria, tranſpoſitis verbis, habeant, *Si fructuarius ſervus ſtipulatus eſſet fructuario aut proprietario.* Sed hanc emendationem tuetur Juris forma: quam magno ingenio, nec minore diligentia, dudum demonſtravit Vir Summus, quem, ut ſæpe, honoris cauſa appello, Jacobus Cujacius *lib.* 21. *Obſerv. c.* 14.

Dixi quid juris ſit: ſi unus habeat uſumfructum ſervi. ſequens lis erit: ſi duo eum habeant, & ſervus ſit nominatim uni ſtipulatus ex ea re quæ ad utroſque pertineat. eam litem definit Paulus *l.* 32. *D. de ſtipulatione ſervorum.* quam corruptam eſſe, & egere emendationis exiſtimavit V. Cl. Franciſcus Hotmanus *lib.* 5. *Obſerv. c.* 3. ſed integer eſt Pauli locus, mea ſententia: nec deſiderat correctionem. verba Pauli. *Si cum duorum uſusfructus eſſet in ſervo,* [*&*] *is ſervus uni nominatim ſtipulatus ſit ex ea re quæ ad utroſque pertinet: Sabinus ait, quoniam ſoli obligatus eſſet, videndum eſſe, quemadmodum alter uſuarius partem ſuam recipere poſſit, quoniam inter eos nulla communio juris eſſet: ſed verius eſt, utile communi dividundo judicio inter eos agi poſſe.* Utitur Paulus ſententia Sabini: dicentis, ſoli cui ſtipulatus ſit ſervus, obligatum eſſe promiſſorem. poteſtque eo confirmari illa ſententia: quod ſi ſervus duorum communis uni ſit nominatim ſtipulatus; ſimiliter ſoli adquirit *l.* 5. *D. eod. tit.* verum videndum eſſe ait Paulus *d. l.* 32. quemadmodum alter uſuarius: (id eſt, alter fructuarius: ut *uſum* pro uſufructu dixit Salvianus *lib* 3. *Adverſus avaritiam*) ait, inquam, Paulus videndum eſſe, quemadmodum alter uſuarius partem ſuam recipere poſſit. aliquis forte dicat: quod ſi duorum communis ſervus nominatim uni ſit ſtipulatus, uni quidem adquirit *d. l.* 5. ſed juris communio facit: ut alter poſſit partem recipere communi dividundo judicio *l.* 45. *D. de adquirendo rerum dominio.* Sed hoc in fructuariis non procedit: *quoniam*, ait Paulus, *inter eos nulla communio juris eſt:* id eſt, ut ego expono, quoniam inter eos nulla dominii ſive proprietatis communio eſt. *Jus* enim eſt dominium ſive proprietas diſtincta ab uſufructu: ut apud Salvianum *d. loc.* & ſæpe alias. Addit tamen Paulus *d. l.* 32. *Sed verius eſt, utili communi dividundo judicio inter eos agi poſſe.* quo colore? nam ſi nulla eſt inter eos juris communio; ut Paulus ait: qui poteſt inter eos vel utile communi dividundo judicium dari? Sed Paulus juris communionem dixit communionem dominii rei fructuariæ: quæ nulla eſt inter duos fructuarios. quando uſusfructus non eſt rei dominium: ſed jus a dominio rei ſeparatum. eſt enim jus utendi fruendi rebus alienis. ſi tamen ad dominium non rei fructuariæ, ſed uſusfructus ſpectes: etſi uſusfructus non eſt verum dominium, tamen habetur quaſi dominium *l.* 3. *D. Si uſusfructus petetur*, & jus in re appellatur *l.* 19. *D. de damno infecto.* ita cum ceſſat inter fructuarios directa communi dividundo actio, ſicut inter eos ceſſat rei fructuariæ dominium: tamen (quod Paulus ait *d. l.* 32.) verius eſt, utili communi dividundo judicio inter eos agi poſſe: quia inter eos eſt jus dominio ſimile. Expoſui Paulum. Neque obſtat Neratius *l.* 24. *D. de ſtipulatione ſervorum; Etſi*, inquiens, *duorum uſusfructus ſit, quod ex operis ſuis alteri eorum ſtipulatus ſit, pro ea duntaxat parte ex qua uſusfructus ejus ſit, adquiri.* Non enim reſpicit Neratius ad initium obligationis, ſed ad rei exitum: inſtituta communi dividundo actione.

Superiori quæſtioni eſt affinis ſequens tractatus apud Ulpianum, *l.* 25. §. 6. *D. de uſufructu. Si duos fructuarios proponas, & ex alterius re ſervus ſit ſtipulatus, quæritur, utrum totum, an pro parte qua habet uſumfructum, ei quæratur. nam & in duobus bonæ fidei poſſeſſoribus*

ribus hoc eſt apud Scævolam agitatum libro ſecundo Quæſtionum? & ait, vulgo creditum, rationemque hoc facere, [ut] ſi ex re alterius ſtipuletur, partem ei duntaxat quæri, partem domino: quod ſi nominatim ſit ſtipulatus, nec dubitari debere, quin adjecto nomine, ſolidum ei quæratur. idemque ait, & ſi juſſu ejus ſtipuletur: quoniam juſſum pro nomine accipimus. idem & in fructuariis erit dicendum: ut quo caſu non totum adquiretur fructuario, proprietatis domino erit quæſitum; quoniam ex re fructuarii quæri ei poſſe oſtendimus. Quærit Ulpianus, ſi duo fructuarii ſint, & ſervus ſit ex re alterius ſtipulatus, utrum ei totum quæratur, an pro parte qua habet uſumfructum. Addit Ulpianus, eſſe hoc idem apud Scævolam *lib.* 2. *Quæſtionum* agitatum in duobus bonæ fidei poſſeſſoribus: quorum ſimile jus eſſe ei quod ſit duorum fructuariorum, certi juris eſt *l.* 10. §. 4. *D. de adquirendo rerum dominio.* Ait autem Ulpianus, Scævolam dicere, vulgo creditum eſſe, & rationem efficere: ut ſervus, ſi ex re alterius bonæ fidei poſſeſſoris ſtipuletur, non ei ſolidum quærat: ſed partem ei, partem domino. opinor, quia bonæ fidei poſſeſſor, ex cujus re ſtipulatus eſt ſervus, ejus non in ſolidum eſt poſſeſſor, ſed ex parte: neque igitur poteſt ei ſervus in ſolidum adquirere, ſed pro parte qua eſt poſſeſſor; alteram autem partem non poteſt alteri bonæ fidei poſſeſſori adquirere: quia non ex re ejus adquiſivit ſervus, neque ex ſuis operis, ex quibus ei poteſt tantum adquirere: ſupereſt igitur, ut eam partem vero adquirat domino: cui poteſt ex omnibus cauſis adquirere. Sic Scævola in ſervo a duobus bona fide poſſeſſo. idemque eſſe, Ulpianus ait, ſi duos proponas fructuarios, & ex alterius re ſtipulatus ſit ſervus: quia is fructuarius ex cujus re eſt ſtipulatus ſervus, non in ſolidum fructuarius eſt, ſed pro parte. non igitur poteſt ei a ſervo adquiri in ſolidum, ſed pro parte qua fructuarius eſt: altera autem pars non adquiritur alteri fructuario; (quia neque ex re ejus, neque ex ſervi operis adquiritur) ſed domino proprietatis: cui adquiritur etiam quod fructuario adquiri nequit *d. l.* 25. §. 6. *D. de uſufructu.* Hoc, ſi ſervus ex alterius vel fructuarii vel bonæ fidei poſſeſſoris re vel ſimpliciter vel utrique ſtipuletur. At ſi nominatim ſtipuletur ei cujus res eſt: ait Ulpianus *d. loc.* dubitari non debere, quin adjecto nomine ei ſolidum quærat: nempe, quia ei nominatim ſtipulatus eſt, & ex re ejus, ex qua potuit ei adquirere: idemque eſſe, & ſi ejus juſſu ſtipuletur: quia juſſum pro nomine accipimus. ita Scævola, ſi Ulpiano credimus, *libro ſecundo Quæſtionum.*

At eam ſententiam mutaſſe Scævolam *libro* 13. *Quæſtionum*, apparet ex *l.* 19. *D. de ſtipulatione ſervorum:* quam deſcriptam eſſe ex eo libro, ejus Inſcriptio indicat. Verba hæc ſunt. *Si alienus ſervus duobus bonæ fidei ſerviens, ex unius eorum re adquirat; ratio facit, ut ei ex cujus re adquiſiit, id totum [ei] adquirat: ſive ei ſoli, ſive quaſi duobus ſerviat. nam & in veris dominis, quotiens utrique adquiritur, totiens partes adquiri. cæterum ſi alii non adquiratur, alium ſolidum habiturum. igitur eadem ratio erit & in propoſito, ut hic ſervus alienus qui mihi & tibi bona fide ſervit, mihi ſolidum ex re mea adquirat: quia tibi non poteſt adquiri, quia non ſit ex re tua.* In his verbis proponitur ſervus ſervire duobus bonæ fidei poſſeſſoribus, & ex unius eorum re adquirere. quæritur, utrum utrique, an uni adquirat? ait Scævola, rationem facere: ut ei ex cujus re adquiſiit, totum adquirat: neque referre, ſive ei ſoli, ſive quaſi duobus ſerviat: hoc eſt, utrum ei ſoli vel nominatim vel ejus juſſu; an quaſi duobus, hoc eſt, ſimpliciter adquirat: idque firmat argumento deſumpto a veris dominis quorum imaginem ferunt bonæ fidei poſſeſſores. id argumentum tale eſt: Si ſervus duorum communis hoc agit, ut utrique adquirat quod utrique adquiri poteſt; utrique partes adquiruntur: ſi vero ſit quod alteri nequit adquiri; hoc alter in ſolidum habet: etſi id agat ſervus, ut utrique adquirat. ita in veris dominis, ipſumque etiam traditum *l.* 7. §. 1. *l.* 9. *D. de ſtipulatione ſervorum. l.* 12. *D. de auctoritate tutorum.* Idem in propoſito erit in duobus bonæ fidei poſſeſſoribus. prorſus, ut ſervus qui mihi & tibi ſervit bona fide, mihi ſolidum ex re mea adquirat: quia non poteſt tibi adquirere quod ex re tua non ſit. Unde apparet, Scævolæ ſententiam *libro* XIII Quæſtionum aliam fuiſſe, quam Ulpianus ei *libro* II fuiſſe ſcribit. Eamque variationem ipſe indigitat Ulpianus *l.* 23. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio*, ſequentibus verbis. *Si quis duobus bona fide ſerviat: utrique adquiret, ſed ſingulis ex re ſua. Quod autem ex re alterius eſt, utrum pro parte ei cui bona fide ſervit, pro parte domino, ſi ſervus ſit; aut ſi liber ſit, ei [cui bona fide ſervit]: an vero ei debeat adquirere totum ex cujus re eſt, videamus? quam ſpeciem Scævola quoque tractat lib.* 2. *Quæſtionum. ait enim: ſi alienus ſervus duobus bona fide ſerviat, & ex unius eorum re adquirat; rationem facere, ut ei duntaxat in ſolidum adquirat: ſed ſi adjiciat ejus nomen, ex cujus re ſtipulatur: nec dubitandum eſſe, ait, quin ei ſoli adquiratur. quin & ſi ex re ipſius ſtipularetur, alteri ex dominis nominatim ſtipulando, [ſolidum] ei adquiret. Et in inferioribus [probat]: ut quamvis non nominatim, nec juſſu meo, ex re tamen mea ſtipulatus ſit, cum pluribus bona fide ſerviret: mihi ſoli adquirat. nam & illud receptum eſt, ut quoniam communis ſervus omnibus adquirere non poteſt; ei ſoli eum adquirere, cui poteſt. & hoc Julianum quoque ſcribere, ſæpe retuli, eoque jure utimur.* Depravatum eſſe Ulpiani locum, recte ſuſpicatus eſt Jacobus Cujacius, *lib.* 4. *Obſerv. c.* 1. ſed quod Ulpiano obtulit remedium, ut quidem mihi

videtur, non ſucceſſit ex ſententia: etſi id uſque adeo laudet Antonius Faber *lib.* 4. *Conject. c.* 16. ut a Doctiſſimo illo Viro nihil umquam verius aut elegantius obſervatum fuiſſe opinetur. Nec tamen inficior, egregie vidiſſe D. Cujacium, circa initium *d.* §. 3. pro, *aut ſi liber ſit, ei* [*cui bona fide ſervit*] *an vero*, eſſe ſcribendum, *aut ſi liber ſit, ſibi: an vero.* Unum ſaltem dico, quod ubi pro his verbis, *rationem facere, ut ei duntaxat in ſolidum adquirat*, ſubſtituit, *rationem facere, ut ei duntaxat partem adquirat*, prope eſt, ut procul vero ſit; longeque aliam & Ulpiano & Scævolæ fieri medicinam oporteat. quod enim neque Cujacius animadvertit, neque alius, deſunt verba, *Si juſſu ejus ſtipuletur.* Inſere & lege. *Quam ſpeciem Scævola quoque tractat lib.* 2. *Quæſtionum. ait enim, ſi alienus ſervus duobus bona fide ſerviat, & ex unius eorum re adquirat; rationem facere ut ei duntaxat in ſolidum adquirat*, ſi juſſu ejus ſtipuletur: *ſed ſi adjiciat ejus nomen, ex cujus re ſtipulatur, nec dubitandum eſſe ait, quin ei ſoli adquiratur.* Sic ex conjectura ſupplevi locum: ſi dicenda eſt conjectura ad quam ducit ſenſus clarus & certus. is ſenſus eſt, Scævolam velle *libro ſecundo Quæſtionum*, Servum qui a duobus bona fide poſſidetur, ei ex cujus re ſtipulatur, ſolidum quærere: ſed tum dumtaxat, ſi aut juſſu ejus, aut ei nominatim, ſtipuletur: non etiam, ſi ſimpliciter ſtipuletur ex re alterius. quod eſt conſentaneum illis quæ ex eodem libro ſecundo Scævolæ ſupra attulit Ulpianus *d. l.* 25. §. 6. *D. de uſufructu*: convenit quoque Ulpiani verbis quibus paulo poſt in *d.* §. 3. *l.* 23. novam & ſuperiori contrariam Scævolæ ſententiam ex ejus libro XIII tradit: quæ verba ſunt. *Et in inferioribus probat, ut quamvis non nominatim, nec juſſu meo, ex re tamen mea ſtipulatus ſit. &c.* Sed de his verbis paulo poſt. interim examinanda ratio eſt qua definitionem quæ *libri ſecundi* eſt, Scævola & ex eo Ulpianus firmat *d.* §. 3. ea ratio his ejus verbis continetur. *Quia & ſi ex re ipſius ſtipularetur, alteri ex dominis nominatim ſtipulando*, [*ſolidum*] *ei adquiret.* Ita ſolent hæc verba interpungi. ſed malim. *Quia & ſi ex re ipſius ſtipularetur alteri ex dominis, nominatim ſtipulando ſolidum ei adquiret.* Senſus, nihil mirum eſſe, hæc in bonæ fidei poſſeſſoribus a Scævola recipi *libro ſecundo Quæſtionum*; cum eadem placeant in veris dominis. nam ſi ſervus duorum communis, nominatim uni ex re ipſius ſtipuletur, ei ſolidum adquirit. quamquam, ſi ſimpliciter ſtipuletur ex re alterius dominorum, nihilominus commune id erit: ut Gajus refert *l.* 45. *D. de adquirendo rerum dominio*, & *l.* 18. §. 1. *D. de ſtipulatione ſervorum.* Sic ſediſſe Scævolæ *libro ſecundo Quæſtionum*, Ulpianus ait *d.* §. 3. *l.* 23. ſed addit, eum hanc ſententiam mutaſſe *in inferioribus*; puta libris: id eſt, *libro* XIII *Quæſtionum.* verba hæc ſunt. *Et in inferioribus* [*probat*]: *ut quamvis non nominatim, nec juſſu meo ex re tamen mea ſtipulatus ſit, cum pluribus bona fide ſerviret: mihi ſoli adquirat.* Ulpianus ſignificat, Scævolam libro XIII mutare ſententiam quam tenuit libro II. malle enim libro XIII, (quod & ante oſtendi ex *d. l.* 19. *D. de ſtipulatione ſervorum* quæ ex eo libro eſt) ſervum qui a duobus bona fide poſſidetur, cum ex re alterius poſſeſſoris ſtipulatur, ſive ex juſſu ejus cujus res eſt, ſive ei nominatim ſtipuletur, ei ſolidum omnibus illis caſibus indiſtincte acquirere. Et addit rationem Ulpianus: ea ratio eſt. *Nam & illud receptum eſt, ut quotiens communis ſervus omnibus acquirere non poteſt, ei ſoli acquirat cui poteſt.* Ulpianus petit argumentum a ſervo duorum communi: qui ſi ſtipuletur rem quæ poteſt utrique adquiri, eam utrique adquirit: ſin minus, ſoli adquirit ei cui poteſt: etſi neque ejus juſſu, neque ei nominatim ſtipulatus ſit. atque ita Julianum exiſtimaſſe, ex eoque ſæpe retuliſſe ſe, Ulpianus ait. quod verum eſt, & apparet ex *l.* 7. §. 1. *D. de ſtipulatione ſervorum*, & *l.* 12. *D. de auctoritate tutorum.* Hoc igitur cum in communi obtineat ſervo; idem vult Scævola *d. lib.* XIII, ex eoque Ulpianus *h.* §. etiam obtinere in ſervo a duobus bona fide poſſeſſo: nempe, ut, ſi ex re unius ſtipuletur, ſive ſimpliciter, ſive ejus juſſu, ſive ei nominatim, indiſtincte ei ſolidum adquirat: tantum quia non poteſt alteri ex re alterius adquirere. Sed finiamus: ſatis enim demonſtravi quod demonſtrandum fuit, totum Ulpiani locum qui eſt in *d. l.* 23. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio*, eſſe hoc reſtituendum modo. *Si quis duobus bona fide ſerviat: utrique adquiret, ſed ſingulis ex re ſua. Quod autem ex re alterius eſt, utrum pro parte ei cui bona fide ſervit, pro parte domino, ſi ſervus ſit: aut ſi liber ſit, ſibi: an vero ei debeat adquirere totum ex cujus re eſt, videamus? quam ſpeciem* Scævola *quoque tractat* lib. 2. Quæſtionum. *ait enim: ſi alienus ſervus duobus bona fide ſerviat, & ex unius eorum re adquirat; rationem facere, ut ei duntaxat in ſolidum adquirat*, ſi juſſu ejus ſtipuletur: *ſed ſi adjiciat ejus nomen, ex cujus re ſtipulatur: nec dubitandum eſſe ait, quin ei ſoli adquiratur. quia & ſi ex re ipſius ſtipularetur alteri ex dominis, nominatim ſtipulando* [*ſolidum*] *ei adquiret.* Et in inferioribus [*probat*]: *ut, quamvis non nominatim, nec juſſu meo, ex re tamen mea ſtipulatus ſit, cum pluribus bona fide ſerviret: mihi ſoli adquirat. nam & illud receptum eſt, ut quotiens communis ſervus omnibus adquirere non poteſt; ei ſoli eum adquirere, cui poteſt. Et hoc Julianum quoque ſcribere, ſæpe retuli: eoque jure utimur.*

Huc uſque de commodis fructuarii ſervi. ſequuntur onera: nam & hæc ſuſtinere fructuarium, rationis eſt: eo quod obligatur ſervo illo non minus uti quam frui. eſt autem

uti

uti ſervo, eum exercere ad modum boni patrisfamilias ſoliti tam ſervi onera ferre, quam ejus commoda percipere. res loquitur; & apud Catonem, *De re ruſtica*, *c.* 5. in officiis villici extat, *Familiæ male ne ſit*, *ne algeat*, *ne eſuriat*. Quin Seneca, *De beneficiis*, *lib.* 3. *c.* 21. *Eſt*, inquit, *aliquid quod dominus præſtare ſervo debeat: ut cibaria, veſtiarium.* Ait, *debeat*. quomodo Marcianus *l.* 40. §. 1. *D. de peculio*, *Si*, inquit, *id adquiſiit ſervus*, *quod dominus neceſſe non habet præſtare*, *id eſſe peculium: ſi vero tunicas aut aliquid ſimile*, *quod ei dominus neceſſe habet præſtare*, *non eſſe peculium*. Ita jam non officii res eſt: cœpit neceſſitatis eſſe: poſito Præfecto Urbi, qui audiat ſervum de fame & duritie querentem. clare Ulpianus *l.* 1. §. 8. *D. de officio Præfecti urbi:* & ante Seneca, *d. c.* 21. verba Senecæ. *De injuriis dominorum in ſervos qui audiat poſitus eſt*, *qui & ſævitiam*, *& libidines*, *& in præbendis ad victum neceſſariis avaritiam compeſcat*. Sic in domino. miramur igitur, idem in fructuario eſſe? atqui oportet fructuarium non ad ſuum, ſed ad domini modum uti frui. igitur nec qualiter qualiter alet & veſtiet ſervum: (ea forma qua deſcribuntur illi apud Apulejum *lib.* IX. *Metamorph. Sciſſili centunculo magis inumbrati quam obtecti: nonnulli exiguo tegili tantummodo pubem injecti: cuncti tamen ſic tunicati, ut eſſent per pannulos manifeſti*) ſed ut Ulpianus ait, *l.* 15. §. 2. *D. de uſufructu*, debet fructuarius ſufficienter alere & veſtire, ſecundum ordinem & dignitatem mancipiorum. fuiſſe autem alia urbanorum, alia ruſticorum cibaria, apparet ex *l.* 99. *D. de legatis lib.* 3. poſtremo monet Gajus *l.* 45. *D. de uſufructu*, quod ſicut impendia cibariorum in ſervum cujus uſusfructus ad aliquem pertinet, ita & valetudinis impendia ad eum reſpicere, natura manifeſtum eſt.

Caput XVII.

De Uſufructu pecoris.

Tantum de uſufructu ſervi. reſtat pecoris: nam ejus quoque uſusfructus expoſitionem promiſi in fine capitis IV. ait autem Iſidorus *lib.* XVII. *Origin. c.* 6. *pag.* 1242, *Fructus proprie dici agrorum & arborum quibus utique utimur. iu animalibus vero abuſive & tranſlative vocari fructus.* Eſſe igitur Iſidoro videtur pecoris fructus: in eoque aſſentientem ſibi habet Varronem *De re ruſtica*, toto libro ſecundo. talis fructus eſt, verbi gratia, fœtus, præterea lac, pilus & lana. clare Imperator §. 37. *Inſt. de rerum diviſione*, (forte ex Gajo *l.* 28. *D. de uſuris*) *In pecudum*, inquit, *fructu etiam fœtus eſt*, *ſicut lac*, *pilus & lana. itaque*, *agni*, *hœdi*, *& vituli*, *& equuli*, *& ſuculi ſtatim naturali jure dominii fructuarii ſunt*. idque & Sabinum & Caſſium de fœtu eſſe opinatos, Ulpianus refert *l.* 68. §. 1. *D. de uſufructu*. nec male de ariete Manilius *lib.* 4. *Aſtronomic.*

In jugulumque dabit fructus, & mille per artes.
Vellera diverſos ex ſe parientia quæſtus.

At ſicut hæc aliaque pecoris commoda perceptione fructuarii juris fiunt: ita æquum eſt, eum convenientem pecori adhibere culturam & curam. id facere bonum patremfamilias, cujus exemplo uti fructuarium oportet §. 38. *Inſt. de rerum diviſione*, non minus res poſtulat, quam ſuadent plerique rei ruſticæ ſcriptores. Neque vero refert, utrum ſit unius uſusfructus capitis, an plurium. nam ſi unius ſit capitis uſusfructus: debet fructuarius id, quamdiu vivit, colere boni viri arbitratu. mortuum domino reparare ne ſubſtitutione quidem agnati capitis poteſt aut debet: non magis, quam ſervum mortuum, aut domum collapſam. quod enim priori ſubſtituitur caput, non eſt idem quod fuit, ſed aliud. nec eſt hæc conditio dati uſusfructus: ut fructuarius, extincto quod accepit capite, pro eo aliud domino reſtituat: ſed ut id conſtante uſufructu tueatur, quantum licet: & finito, (quod fit ejus interitu) tantum quod ſupereſt, reſtituat. Sic, ſi unius capitis ſit uſusfructus. Idem eſt, ſi complurium ſit, at certorum: nam & tum debet fructuarius illa quamdiu vivent, curare arbitratu boni viri. mortuis autem alia ſubſtituere non cogitur *l.* 70. §. 3. *D. de uſufructu*. Ut enim ſit uſusfructus complurium capitum, tamen ſingulorum uſusfructus eſt. ac ſi quæ moriantur capita; ea ſic eſſe deſinunt, ut fructuarius ea nec ſervare, nec reſtituere poſſit aut debeat. quod ſi eſt: apparet, durare quidem uſumfructum ſuperſtitum capitum: defunctorum autem finiri: & ſolum quod ex his ſupereſt, domino reſtitui a fructuario oportere. Hoc, ſi unius aut certorum capitum ſit uſusfructus. At ſi ſit armenti aut gregis ex pluribus confecti capitibus, aliud dicendum eſt *d. l.* 70. §. 3. *l.* 68. §. *ult. D. de uſufructu*. conſtet enim grex ex pluribus, hiſque diſtantibus capitibus: at univerſa non ſoluta habentur, ſed uno & nomine & corpore continentur *l.* 30. *D. de uſurpationibus & uſucapionibus:* ita, ſi quæ moriantur capita, dum tot ſuperſint, quot ad gregem ſufficiunt, nihilominus grex eſt qui ante fuit, aliquot licet minor capitibus. idemque eſt; ſi defunctis nova ſubſtituantur. nam & tum idem videtur grex qui fuit: ut ut jam aliis conſtet capitibus, quam ante fuerunt. nimirum, quia eadem manet gregis ſpecies, quamvis mutatis partibus. neceſſe autem eſt, eamdem putari rem cujus eadem perſeverat ſpecies, licet aliquibus mutatis partibus vel omnibus. auctor Alfenus *l.*

76. *D. de judiciis.* & argumento eſſe ait, quod idem appellatur populus qui ab hinc centum annis fuit; ut nemo jam vivat ex illis qui tunc fuerint. item eadem habetur legio ex qua deceſſerint multi quorum in locum rurſus ſublecti fuerint alii. eadem quoque exiſtimatur navis adeo ſæpe refecta, ut nulla permanſerit tabula quæ non eſſet nova. imo ſi quis putet, mutatis partibus, aliam fieri rem: ait Alfenus, fore: ut ex ejus ratione nos ipſi non iidem ſimus futuri qui ab hinc anno fuerimus, propterea quod, ut Philoſophi dicunt, ex quibus particulis minimis conſiſtimus, hæ quotidie ex corpore noſtro decedunt, aliæque extrinſecus in earum locum accedunt. ſit igitur eadem gregis ratio. putemus, quamdiu eadem conſiſtit gregis ſpecies, eumdem quoque gregem conſiſtere. ita non poſſint ſingula gregis capita a morte ſervari; nec magis poſt mortem reparari: tamen quia poteſt idem ſervari grex, hoc eſt, eadem univerſitas, pereuntibus per temporum ſpatia ejus capitibus: ideo ſi gregis uſusfructus ſit; rationis eſt, pertinere ad officium fructuarii, curare ac colere non dicam ſingula gregis capita, ſed ipſum in primis gregem; eumque quotannis reficere ſubſtitutione agnatorum capitum in locum mortuorum aut inutilium: eaque efficere providentia; ne aut pereat grex, ant minuatur *l. 68. §. fin. l. 70. §. 3. D. de uſufructu:* prout bonum & diligentem patremfamilias quotannis facere præcipit, præter Virgilium *lib. 3. Georgic. verſ. 65. & ſeqq.* etiam Columella, *De re ruſtica lib. 7. c. 3:* ut commode obſervavit Cujacius *lib. 11. Obſerv. c. 36.*

Ita eſt: debet fructuarius habens gregis uſumfructum, quotannis admittere gregem, & ex agnatis capitibus in locum defunctorum vel inutilium alia ſubſtituere capita. quod ſi non facit: non utitur grege ſecundum ejus conditionem; eoque nomine tenetur proprietario *l. 70. D. de uſufructu.* Hoc, ſi ſint agnata capita ex quibus grex refici & ſuppleri poſſit. quid, ſi non ſint? finge, quo tempore editi ſunt fœtus, non fuiſſe quod ſummitteretur: deinde aliqua mori capita. quid dicemus, ex his quæ edentur, an ex his quæ edita ſunt, ſummiſſurum fructuarium? ait Ulpianus *d. l. 70. §. 4.* pleno grege edita ad fructuarium pertinere: poſteriorem gregis caſum nocere fructuario. peritiſſime: nam de officio boni paſtoris ad cujus exemplum regere ſe fructuarium oportet, hac in parte ſic ſcribit Columella *d. c. 3. lib. 7. De re ruſtica. Nec committi debet; ut totus grex effœtus ſenectute dominum deſtituat: cum præſertim boni paſtoris vel prima cura ſit annis omnibus in demortuarum vitioſarumque ovium locum totidem vel etiam plura capita ſubſtituere: quoniam ſæpe frigorum atque hiemis ſævitia paſtorem decipit, & eas oves interimit, quas ille tempore autumni ratus adhuc eſſe tolerabiles, non ſummoverat. quo magis etiam propter hos caſus, niſi validiſſima quæ non comprehendatur hieme, novaque progenie repleatur numerus.*

Effectus hujus ſubſtitutionis eſt, quem indicat Pomponius *l. 69. D. de uſufructu*, ut ſubſtituta quidem capita ſtatim domini proprietatis fiant: ea autem in quorum locum facta eſt ſubſtitutio, deſinant ejus eſſe ex natura fructus: nam alioquin quod naſcitur, fructuarii eſt, & cum ſubſtituit, deſinit ejus eſſe. verba Pomponii ubique ſic eduntur. *vel inutilium alia ſummittere: ut, poſt ſubſtituta, fiant* propria *fructuarii, ne lucro ea res cedat domino. & ſicut ſubſtituta ſtatim domini fiunt, ita* priora *quoque ex natura fructus deſinunt ejus eſſe.* Ita, ut dixi, paſſim editur. ſed non eſt improbabilis conjectura V. Cl. Jani a Coſta, *ad* §. 38. *Inſt. de rerum diviſione* legentis, *ut, poſt ſubſtituta, fiant* priora *fructuarii*, quam conjecturam & ſequentia juvant, & ſimilis locutio *l. 18. D. eod. tit.* Sic, ſi jam facta ſit ſubſtitutio. ſed quid, ſi nondum facta ſit? quæri poteſt, cujus interim ſit fœtus, donec mortua ſuppleantur capita? ſed ait Ulpianus, Julianum ſcribere lib. 35. Digeſtorum, pendere eorum dominium: ut, ſi ſummittantur, proprietarii ſint: alioquin fructuarii *l. 70. §. 1. D. eod. tit.* & recte: ſummittere enim facti eſt: & Julianus proprie dicit, diſpertire & dividere & diviſionem quamdam facere *d. l. 70. §. ult.* Secundum quæ, ſi deceſſerit fœtus, erit periculum non proprietarii, ſed fructuarii. qui & neceſſe habebit, alios fœtus ſummittere. unde Gajus Caſſius lib. 8. ſcribit, carnem demortui fœtus ad fructuarium pertinere *d. l. 70. §. 2.*

CAPUT XVIII.

De cautione a fructuario præſtanda ex Edicto Prætoris. id Edictum reſtitutum, & explicitum.

Deſcripſi multis omnem uſusfructus rationem; iiſque oſtendi, fructuarium, conſtante quidem uſufructu, re fructuaria quacumque ratione uti frui; modo ea utatur arbitratu boni viri: finito autem uſufructu, teneri quod extabit, domino proprietatis reſtituere. ordo nunc poſtulat: uti deinde de cautione fructuaria diſſeram. nam ſicut re fructuaria uti frui debet fructuarius, ita oportet dominum de ſua proprietate eſſe ſecurum. proinde æquiſſimum eſſe, Prætor exiſtimavit, legato uſufructu, de utroque cavere legatarium. Edicti formam ita confinxit V. Cl. Gulielmus Ranchinus ex *l. 1. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat. Si cujus rei uſufructus legatus eſſe dicatur, uſufructuarium ſe uſurum*

rum boni viri arbitratu: & cum uſusfructus ad eum pertinere deſierit, ſe ei reſtituturum ad quem ea res pertinebit, ſatiſdare jubebo. Sic Ranchinus: & probo, quod ſatiſdationis mentionem fecit. nam Prætorem ſatiſdari juſſiſſe, apparet ex *l.* 13. *D. de uſufructu*, *l.* 4. *C. eod. tit.* & *l.* 5. §. 1. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.* quamvis Ulpianus *d. l.* 1. *D. eod. tit.* faciat mentionem cautionis. Non æque probo, quod ſimpliciter ait Ranchinus, *ſe reſtituturum.* non enim juſſit Prætor, caveri de reſtituenda re, ſed de reſtituendo eo quod extabit *d. l.* 1. Præterea fugit Ranchinum, quod edixit Prætor de pœna non præſtitæ ſatiſdationis: quæ pœna eſt; ut, ſi non ſatiſdat fructuarius, ei denegetur actio *l.* 13. *D. de uſufructu.* Sed & ſi uſus ſine fructu legatus erit; voluit Prætor, adempta fructus cauſa, ſatiſdari *d. l.* 5. §. 1. Nulla igitur erit per me mora: ne Edictum ad hunc concipiatur modum. *Si cujus rei uſusfructus legatus eſſe dicetur: jubebo, legatarium ſatiſdare, uſurum fruiturum ſe boni viri arbitratu: & cum uſusfructus ad eum pertinere deſinet, quod inde extabit reſtituturum ei ad quem pertinebit. ſi uſus ſine fructu legatus erit, adempta fructus cauſa, ſatiſdari jubebo. ſi non ſatisdabit: actionem non dabo.* Reſtitui, ut debui, Edicti formam. nunc ſenſum dabo.

Ait Prætor. *Si cujus rei uſusfructus legatus erit.* Hæc verba, *ſi cujus rei*, ſive ſi alicujus rei, cum generalia ſint, & late pateant; apparet, qualiſcumque rei legatus ſit uſusfructus, ſive mobilis, ſive immobilis, cautionem a Prætore deſiderari *l.* 1. §. 1. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.*

Ait Prætor, *Uſusfructus.* igitur ſi legatus erit alicujus rei uſusfructus, de eo ſatisdari jubet Prætor. idemque eſt, ſi uſus ſine fructu legatus erit. nam & tum adempta fructus cauſa ſatiſdari, jubet Prætor. hoc merito: ut de ſolo uſu, non etiam de uſufructu caveatur *d. l.* 5. §. 1. ſuadet enim ratio, quod de uſufructu proditum, vel in uſu obſervari. ergo & ſi fructus ſine uſu obtigerit: (quod aliquando fieri, oſtendit Jacobus Cujacius *lib.* 13. *Obſerv. c.* 12. ex *l.* 14. §. *ult. D. de uſu & habitatione*) ſtipulatio locum habebit *d. l.* 5. §. 2. quid, ſi habitatio, vel operæ hominis vel cujus alterius animalis relictæ fuerint? poterat aliqua eſſe dubitatio: quia in his neque merus fructus, neque merus uſus eſt. ſed Ulpiano viſum *d. l.* 5. §. *ult.* hic quoque admittere ſatiſdationem. verba Ulpiani. *Et ſi habitatio vel operæ hominis, vel cujus alterius animalis relictæ fuerint, ſtipulatio locum habebit: licet per omnia hæc uſumfructum non imitantur.* Sic editur. ſed ſcribendum. *Licet per omnia hæc uſum fructumve non imitantur.* oſtendi id *Probabilium lib.* 9. *c.* 8. nec jam agam actum.

Potius tranſibo ad *l.* 6. *D. eod. tit.* in qua vacillat exemplarium fides. Florentiæ exhibet Taurellius. *Idem eſt & in reditu prædii: ſicuti ſi vindemia legata eſſet, vel meſſis: quamvis ex uſufructu ea percipiantur. quæ legata morte legatarii ad heredem redeunt.* Alias legitur. *Idem eſt & in reditu prædii: ſicuti ſi vindemia legata ſit vel meſſis: quamvis ex uſufructu ea percipiantur, morteque legatarii, ad heredem redeat.* ita Haloander. ſunt præterea conjecturæ Franciſci Connani *lib.* 4. *Com. jur. c.* 5. *n.* 3. & Antonii Fabri, *Rationalib.* Sed, mea ſententia, conſtat ratio Florentinæ lectioni. in ea quæritur, ſi legatus ſit fundi reditus, aut vindemia, aut meſſis: an teneatur legatarius præſtare fructuariam cautionem? alius enim eſt uſusfructus prædii, alius reditus, aut meſſis, aut vindemia. nam uſusfructus eſt jus percipiendi reditum vel meſſem, vel vindemiam, ex fundo. reditus, meſſis, vindemia, eſt quod ex prædii uſufructu percipitur. De reditu liquet ex *l.* 38. *D. de uſu & uſufructu legato.* Meſſis autem ſic apud Juſtinum accipitur *lib.* 47. *c.* 7. *Prohibiti agreſtes oraculis feruntur, meſſes vinaque villis efferre.* Non igitur videtur Edictum quod de legato uſufructu aut uſu loquitur, pertinere ad legatum reditus, meſſis, aut vindemiæ prædii: quia meſſis, vindemia, reditus, non eſt jus, ut uſusfructus, ſed magis eſt corpus quod ex uſufructu percipitur. Paulus tamen putat, Edictum etiam ad tales formulas reſpicere: eo quod ſub his plerumque aut ipſe continetur uſusfructus, aut jus aliquod uſuifructui non diſſimile: cum utique talia legata æque ad heredem legatarii morte revertantur, atque uſusfructus morte fructuarii.

Ait Prætor, *Legatus erit.* Apparet, eum loqui de legato uſufructu. ſed utilitas præſtandæ cautionis fecit: ut etiam, ſi fideicommiſſo, mortis cauſa donatione, Judicis ſententia, vel alia ratione, conſtituatur, licet Edicti verba deficiant, tamen ex ejus ſententia præſtanda videatur ſatiſdatio *l.* 1. §. 2. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat*, *l.* 4. *C. de uſufructu.* idque eſt quod Ulpianus *l.* 13. *D. eod. tit.* ait, Julianum ſcripſiſſe, *hæc ad omnem uſumfructum pertinere.* Præterea monet Ulpianus *l.* 9. §. 1. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat*, ſive ipſo jure quis habet uſumfructum, ſive etiam per tuitionem Prætoris, nihilominus cogendum eſſe fructuarium, aut cavere, aut actiones ſuſcipere. Et recte: nam ſi ſatiſdare jubetur qui ipſo jure habet uſumfructum, quanto magis tenebitur ſatiſdare qui eum habet tantum per tuitionem Prætoris: ſoliti auxilium unicuique præbere ad juris ſui conſervationem: nulli in præjudicium diſciplinæ. igitur ſive ipſo jure quis habet uſumfructum, ſive per tuitionem Prætoris: ait Ulpianus, cogendum eſſe, cavere aut ſuſcipere actiones quibus acturus adverſus eum ſit dominus proprietatis: quales actiones ſunt rei vindicatio & condictio *l.* 7. *D. eod. tit.* Habet porro, ut hoc addam, fructuarius uſumfructum ipſo jure:

verbi

verbi gratia, ſi uſusfructus ei ſit in jure ceſſus: aut a vero rei domino legatus per vindicationem. tuitione Prætoris habet uſumfructum is, verbi gratia, cui eſt traditus uſusfructus ab herede, cum eſſet legatus per damnationem: auctore Paulo *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 17. item ſi in fundo vectigali, vel ſuperficie, non jure conſtitutus ſit *l.* 1. *D. Quibus modis uſusfructus amittitur*, *l.* 1. §. 6. & 7. *D. de ſuperficiebus*, aut ſi non legato, ſed per fideicommiſſum *relictus ſit l.* 3. *D. Si uſusfructus petetur*, *l.* 29. *D. de uſu & uſufructu legato.*

Ait porro Prætor, *Legatarium ſatiſdare jubebo.* Non ait, cavere, ſed ſatiſdare. & eſt inter utrumque differentia. nam cautio fit non tantum fidejuſſoribus, ſed pignoribus quoque *l.* 1. §. 9. *D. de collatione bonorum.* contra ſatiſdatio deſiderat perſonas intervenientium: pignoribus contenta non eſt *l.* 7. *D. de ſtipulationibus Prætoriis.* tenetur igitur legatarius ſatiſdare: id eſt, (ut Paulus ait, *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 30.) cogitur cavere datis fidejuſſoribus. ſed quid? ait Prætor, *Et uſurum fruiturum ſe boni viri arbitratu: & cum uſusfructus ad eum pertinere deſinit, reſtituturum quod inde extabit.* Habet autem ſtipulatio iſta (quod Ulpianus notat *l.* 1. §. 6. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat*) duas cauſas: id eſt, duas clauſulas; ut bene interpretatur Jacobus Cujacius *lib.* 9. *Obſerv. c.* 39. una eſt, ſi quis utatur aliter, quamvis vir bonus arbitrabitur: altera eſt de uſufructu reſtituendo. prior ſtatim committetur, quam aliter fuerit uſus; & ſæpius committetur *d. l.* 1. §. 6. quid porro velit hæc clauſula, Uſurum fruiturum boni viri arbitratu, in anteceſſum ſatis abundeque demonſtratum eſt. Ulpianus *l.* 1. §. 3. *D. eod. tit.* breviter definit. *Viri boni arbitratu perceptum iri uſumfructum, hoc eſt, non deteriorem ſe cauſam uſusfructus facturum, cæteraque facturum quæ in re ſua faceret.* Paulus *d. lib.* 3. *tit.* 8. §. 30. ait. *Uſufructu legato, de modo utendi cautio a fructuario ſolet interponi: & ideo perinde omnia ſe facturum, ac ſi optimus paterfamilias uteretur, fidejuſſoribus oblatis cavere cogetur.* Poteſt vero in hanc partem multis impingi modis: nec minus dubitari poſt aliquantum temporis, utrum res deterior facta ſit, an non ſit. igitur recte facient & heres & legatarius, ſi in teſtatum redegerint, qualis res ſit, cum frui incipit legatarius; ut inde apparere poſſit, an & quatenus rem pejorem fecerit legatarius *d. l.* 1. §. 4. Altera clauſula committitur, finito uſufructu *d. l.* 1. §. 6. indiſtincte autem infit Prætor, *Et cum pertinere deſinet.* optime igitur Ulpianus *l.* 3. *D. eod. tit. Omnes*, inquit, *caſus continentur huic ſtipulationi quibus uſufructus amittitur.* Sic Florentiæ editur. apud Haloandrum eſt, *continentur hac ſtipulatione.* Non male. nec tamen abſurda eſt Florentina lectio: ut jam oſtenderunt Clariſſimi, Eruditiſſimique Viri, Barnabas Briſſonius, *Parergis*, & Carolus Andreas Dukerus, *Animadverſionibus ad Opuſcula varia de Latinitate Juriſconſultorum Veterum pag.* 337. *n.* 2. Committitur igitur poſterior cautionis clauſula, ubi ad aliquem pertinere deſiit uſusfructus, poſtquam ad eum cœpit pertinere. Illud mirere: quod Ulpianus in *d. l.* 3. §. 1. ait uſumfructum poſſe deſinere, ubi numquam cœpit. an enim poteſt deſinere ad aliquem pertinere uſusfructus qui ad eum numquam pertinere cœpit *l.* 208. *D. de regulis juris?* videamus tamen, ne hoc accidat: ſi uſusfructus ſub conditione legatus, ea pendente ſit per errorem, aut per humanitatem traditus. numquam enim fuit uſusfructus, pendente conditione; quamvis traditus. nihilominus interpoſita a legatario cautione de reſtituendo, cum deſierit ad eum pertinere: non reſiſtit ratio, quo minus is, deficiente conditione, verbi gratia, ad reſtitutionem perinde teneatur, ac ſi cœpiſſet ad eum pertinere uſusfructus: quamvis ex verborum ſubtilitate non magis deſierit, quam cœperit. Simili modo Seneca *Epiſt.* 23. *in fin. Quidam ante vivere defecerunt, quam inciperent.*

Sequitur in Edicto, *Reſtitutum iri quod inde extabit.* Et notandum: quod non jubet Prætor, proprietarium ſtipulari, ipſam rem dari: (nam rem ſuam dari inutiliter ſtipulatur: cum quod ejus eſt, amplius ejus fieri nequeat) ſed jubet, eum ſtipulari, reſtitutum iri quod inde extabit: quia quod meum eſt, etſi non poſſit mihi dari, mihi tamen reſtitui poteſt *l.* 1. §. *ult. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.* Non magis prætereundum eſt: quod in hanc ſtipulationem tantum venit reſtitutio ejus quod extabit. ſic enim juſſit Prætor: nempe quia fructuario ſit jus terendæ rei attritioni obnoxiæ: ſi ea utatur boni viri arbitratu. ſed & alias poteſt fieri; ut res minuatur ſine culpa fructuarii. bonum igitur factum Prætoris: jubentis, rem reſtitui, non qualis fuit tempore conſtituti uſusfructus; ſed qualis erit tempore finiti *l.* 9. §. 3. *D. eod. tit.* Ait igitur Prætor, *Quod inde extabit.* hac vero appellatione & res fructuaria, & ejus æſtimatio comprehenditur. primum res: ſi extat, & poteſt reſtitui. quid, ſi non poſſit: quia deſiit extare? ſi quidem ſine culpa & mora fructuarii? ceſſat ſtipulatio, neque ex ea agi poteſt *d. l.* 9. §. 3. at ſi fructuarii dolo, aut culpa, aut poſt moram ejus deſiit exſtare: interpretatione quidem Juris exſtat *l.* 91. §. 3. & 6. *D. de verborum obligationibus:* ſed interim non poteſt reſtitui quæ naturaliter non eſt. igitur neceſſitate fit, ut in locum rei ſuccedat æſtimatio ejus *l.* 2. §. 1. & *l.* 5. §. *ult. D. de in litem jurando*, & fructuarius eam præſtans, quod ex re fructuaria extat, præſtare intelligatur. idem dicendum eſt, ſi res non poſſit reſtitui, licet extet; dum apud fructuarium non extet. ſit exemplum in uſucapione

rei

rei fructuariæ: quam fructuarius, cum poſſet interpellare lite conteſtata, neglexit interpellare: procul dubio uſucapta ea res, durante uſufructu, eſt fructuarii culpa: ſuſcepit enim in ſe omnem rei curam; eoque cuſtodiam præſtare ei debet *d. l.* 1. §. *ult.* & *l.* 2. interim, ut dixi, quum poſſet, & teneretur, ceſſavit uſucapionem interrumpere. adhuc extat quidem res; at apud fructuarium non extat; ejus certe culpa factum eſt, ut ab eo reſtitui nequeat. placet igitur, hoc quoque caſu ſtipulationi ineſſe proprietatis æſtimationem *d. l.* 1. §. *ult.* prorſus, ut illa æſtimatio, quia ſuccedit in locum rei fructuariæ, ob id ea ex re ſupereſſe intelligatur. Poſtremo addendum eſt hoc in loco: quod ſatiſdatio quam Prætor interponi jubet, continet, dolum malum abeſſe, abſuturumque eſſe. Ad hanc clauſulam alludit Ulpianus *l.* 5. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat* his verbis. *Huic ſtipulationi dolum malum abeſſe abſuturumque eſſe continetur; & cum in rem ſit doli mali mentio concepta, omnium dolum comprehendere videtur, ſucceſſorum, & adoptivi patris.* Ait, *Huic ſtipulationi continetur:* ut in *l.* 3. *D. eod. tit.* quo de paulo ante.

Huc uſque dixit Prætor, quemadmodum caveat fructuarius. ſequens locus erit, cui cavere eum oporteat. oſtendit hunc Prætor: cum ait, *Ei ad quem ea res pertinebit.* Is vero eſt proprietarius, herès, verbi gratia. non igitur dubium eſt, quin ei cavere debeat fructuarius *l.* 10. *D. eod. tit.* quod ſi plures ſint domini proprietatis: pro ſua quiſque parte ſtipulabitur *l.* 9. §. *ult. D. eod. tit. l.* 13. *D. de uſufructu.* proinde ſi tibi uſusfructus & mihi proprietas legetur: mihi cavendum eſt *l.* 8. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.* quod ſi mihi proprietas ſit legata ſub conditione: ait Paulus *d. l.* 8. quoſdam, ut Marcianum, putare, & heredi & mihi cavendum eſſe; eamque ſententiam veram eſſe. ſcilicet, quia alter eſt dominus, alter futurus ſperatur. Eadem ratione, ſi mihi proprietas legata ſit, & cum ad me pertinere deſierit, alii: & hic utriſque cavendum, ut ſupra placuit. æque ſi duobus conjunctim legatus ſit uſusfructus: facit incertum juris accreſcendi; ut & invicem ſibi cavere debeant fructuarii, & heredi in caſum illum, ſi ad ſocium non pertineat uſusfructus, heredi reddi. ſic Paulus *d. l.* 8. & ad eumdem modum Julianus *l.* 6. §. 1. *D. de uſufructu earum rerum.* Plane, ſi proprietas ſit legata ex die, uſusfructus pure: verius eſt, remittendam fructuario eſſe cautionem: quod certum eſt, proprietatem vel ad eum, vel ad ejus heredem perventuram *l.* 9. §. 2. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.* Cæterum, ſi heredi cautum ſit de reſtituenda re, finito uſufructu: competit ei, commiſſa ſtipulatione, ex hac cauſa ex ſtipulatu actio: niſi repetitus legato ſit uſusfructus: id eſt, niſi ita ſit legatus, ut teſtator velit, eum quoties amiſſus erit, rurſus legatum *l.* 3. §. 2. *D. eod. tit.* Idem eſt, ſi quis tibi legaverit uſumfructum, & ſub conditione, Si liberos habueris, proprietatem. Nam amiſſo uſufructu, committetur ſtipulatio, ſed exceptio locum habebit *d. l.* 3. §. 3. Quid, ſi heres alienaverit proprietatem, & poſtea amittatur uſusfructus? tum (ut Paulus ait *d. l.* 3. §. 4.) fortius dici poteſt, ipſo jure non committi ſtipulationem: quia neque heredi, ſucceſſoribusve ejus reſtitui poteſt; neque is cui poteſt, (id eſt, ad quem pervenit proprietas) pertinet ad ſtipulationem. addit Paulus, Sed is ad quem pervenit, tempore quæſiti dominii ſibi proſpicere alia, id eſt, nova ſive propria cautione debet. quod & ſi non ſecerit, nihilominus in rem actione uti poteſt. vice quoque verſa, ſi fructuarius proprietatem adſecutus fuerit: deſinit quidem uſusfructus ad eum pertinere, propter confuſionem: ſed ſi ex ſtipulatu cum eo agatur, aut ipſo jure inutiliter agi dicendum eſt, ſi boni viri arbitrium huc uſque porrigitur: aut in factum excipere debet *l.* 4. *D. eod. tit.*

Caput XIX.

Fructuario, ſi heredi non ſatiſdet, a Prætore negari actionem de uſufructu, etſi remiſſa ei a teſtatore ſit ſatiſdatio; nec intereſſe inter priorem & poſteriorem ejus clauſulam. idem eſſe, ſi remiſſa fructuario ſatiſdatio ſit pactione heredis. an deneganda ſit actio fructuario non invenienti fidejuſſorem qui pro eo ſatiſdet? videri durum: ſed eſſe ſerviendum claræ Edicti voluntati. alia.

Deinde ait Prætor, *Si non ſatisdabit, actionem ei non dabo.* Oportet igitur fructuarium ſatisdare: & ſi non ſatisdet; eſt hæc pœna: quod Prætor ei non dabit actionem *l.* 13. *D. de uſufructu.* ſunt vero generalia Edicti verba, *Si non ſatisdabit.* quacumque igitur ex cauſa non ſatisdet fructuarius, non dabit ei actionem Prætor. Id citra dubitationem eſt, non remiſſa a teſtatore cautione. Et quid, ſi hoc ſit? non enim diſtinguit Prætor. Atqui pro lege ſervatur teſtatoris voluntas *l.* 120. *D. de verborum ſignificatione.* Niſi legibus, aut bonis moribus, adverſatur *l.* 55. *l.* 112. §. *pen. D. de legatis lib.* 1. id vero hoc in caſu obſervatur. nam Prætor jubet, ſatisdationem a fructuario præſtari. præterea videtur ea remiſſio invitare fructuarium ad peccandum in re aliena. fruſtra

igitur ei remittitur a teſtatore cautio: legibus & bonis moribus contrariis. utique quatenus ad priorem ejus clauſulam pertinet. nam in hac omnes conſentiunt. quod vero ad poſteriorem attinet, plerique contra opinantur: cauſati, remiſſionem hac in ſpecie non adverſari bonis moribus: argumentoque eſſe, ſatisdationem legati aut fideicommiſſi ſervandi cauſa a Prætore introductam: quam teſtatoris voluntate jam remitti poſſe *l.* 2. & *l.* 4. *C. Ut in poſſeſſionem legatorum.* quod, ſi in ea placuit illa remiſſio: quid cauſæ eſſe; ne in noſtra quoque recipiatur. ita certe præire Imp. Alexandrum *l.* 7. *C. eod. tit.* verbis ſequentibus. *Scire debetis, fideicommiſſi [quidem] & legati ſatisdationem remitti poſſe, Divum Marcum & Divum Commodum conſtituiſſe. ut autem boni viri arbitratu is cui uſusfructus relictus eſt, utatur fruatur, minime ſatisdationem remitti teſtamento poſſe.* Sic Alexander. putant vero plerique, eum Imperatorem negare, teſtamento remitti ſatisdationem, *Ut boni viri arbitratu is cui uſusfructus relictus eſt, utatur fruatur:* verum de ſatisdatione, *Cum uſusfructus ad eum pertinere deſinet, reſtituturum quod inde exſtabit,* tale nihil dicere. igitur alteram cautionis clauſulam teſtamento remitti poſſe: alteram non poſſe. At ea ſententia, utcumque probabilis primo adſpectu, mihi ſordet: quia in toto Juris Corpore non occurrit locus, in quo teſtatori indulgeatur remiſſio cautionis, a fructuario præſtandæ; ſive ſit quæſtio de priore, ſive de poſteriore ejus clauſula. ſit igitur utriuſque remiſſio contra Edictum Prætoris; eoque Regulis Juris peræque infirmatur. Non me urit: quod ex *d. l.* 2. & *d. l.* 4. eſt contradictum de remiſſione cautionis, legati aut fideicommiſſi ſervandi gratia. nam ea eſt nominatim Divi Marci Conſtitutione permiſſa: verum ut æque licita eſſet remiſſio fructuariæ cautionis, nulla Principis Conſtitutione effectum eſt. quod igitur de illa cautione nominatim placuit Divo Marco; abſit, ut ad hanc ſine Principis indulgentia a privato Magiſtratu, aut Juriſconſulto, porrigatur. Nolo, me ſpectes: ipſe ſic colligit Imp. Alexander; ſi ejus verba in *d. l.* 7. recta putamus via. non enim habenda ea eſt pro lege proprie dicta; ut poſſit quis argumentari a contrario aut a conſequentia: tantum eſt Reſcriptum ad factum Libello Proculiani, & quorumdam aliorum, ut tum moris erat, Imperatori oblatum. in eo Libello petierat Proculianus ſibi & quibuſdam aliis, ſecundum teſtatoris voluntatem, concedi remiſſionem ſatiſdationis, Uſurum fruiturum boni viri arbitratu; id eſt, concedi remiſſionem fructuariæ cautionis; ſicut Divus Marcus & Divus Commodus fideicommiſſi & legati ſervandi cauſa ſatiſdationem cujus eadem videbatur ratio, jam remitti, paſſi eſſent. Hæc Libelli ſumma. quid Imp. Alexander? Scire, inquit, debetis, non procedere argumentum quod facitis a remiſſione cautionis legati vel fideicommiſſi ſervandi gratia ad remiſſionem fructuariæ cautionis, quæ eſt, Ut boni viri arbitratu is cui uſusfructus relictus eſt, utatur fruatur. nam priorem quidem remitti poſſe, Divus Marcus & Divus Commodus conſtituerunt: (cognito, utile eſſe, ſatisdationes voluntatis defunctorum tuendæ gratia inventas, eorumdem voluntate remitti *d. l.* 2.) de poſteriore autem neque illi, neque alii, ſimile reſcripſerunt. poteſt igitur ſatisdatio legati aut fideicommiſſi ſervandi cauſa in teſtamento remitti: quia id Conſtitutionibus Divorum Marci & Commodi juſta ratione permittitur. at ſatisdatio, Ut boni viri arbitratu is cui uſusfructus relictus eſt, utatur fruatur, minime remitti teſtamento poteſt: quia non placuit Principibus teſtatori indulgere remiſſionem fructuariæ ſatisdationis, magis ad heredis, quam ad ipſius utilitatem, reſpicientis. manet igitur hæc ſatisdatio ſub antiqui Juris Regulis a quibus exempta non eſt. Ad liquidum adduxi Alexandrum. Niſi is magis meminit prioris partis fructuariæ cautionis: quam poſterioris de qua nobis lis eſt. At quid abſurdum eſt, integram cautionis formulam primis ejus verbis indigitari? uſitata Veteribus locutione; ſed in præſentia Interpretibus non obſervata, igitur pauca apponam exempla. hoc modo Ulpianus *l. ult. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat, Si,* inquit, *vaſorum [ipſorum] uſusfructus relictus ſit, non erit cautio Senatuſconſulti neceſſaria, ſed illa ſola, Boni viri arbitratu uſurum fruiturum.* Ulpianus ſignificat, relicto vaſorum uſufructu, non deſiderari cautionem quaſi uſusfructus Senatuſconſulto inventam: ſed ſufficere illam cujus initium eſt, *Boni viri arbitratu uſurum fruiturum:* quæ eſt cautio veri uſusfructus. Similiter in *l.* 13. *D. de uſufructu,* ait, *Si uſusfructus legatus ſit, non prius dandam actionem uſufructuario, quam ſatisdederit, Se boni viri arbitratu uſurum fruiturum.* Senſus Ulpiani eſt, Non prius dandam eſſe fructuario actionem, quam præſtiterit fructuariam cautionem. Mitto Ulpianum. quid Imp. Alexander cujus ſententiam quærimus? & ipſe hanc formulam primis deſignat ejus verbis *l.* 4. *C. de uſufructu:* ſic reſcribens. *Uſufructu conſtituto, conſequens eſt, ut ſatisdatio boni viri arbitratu præbeatur ab eo ad quem id commodum pervenit, quod nullam læſionem ex uſu proprietati adferet.* Alibi quoque evenit: ut a primis Edicti verbis quo actio aut interdictum proponitur, actio aut interdictum appelletur: & exemplum in *l.* 1. *D. Quod legatorum:* in qua Ulpianus, *Hoc,* inquit, *interdictum vulgo* Quod legatorum *appellatur.* Unde: niſi a primis Edicti verbis quæ ſunt §. 2. ejuſdem loci? Et in *l.* 1. §. 1. *D. Quorum bonorum* infit, *Hoc interdictum* Quorum bonorum *appellatur.* nempe a primis Edicti verbis quæ ſunt in principio ejuſdem capitis.

Sed

Sed & certi condictio vocatur actio *Si certum petetur l. 1. D. de condictione triticiaria.* Unde: niſi a primis Edicti verbis quibus promiſſa a Prætore hæc actio fuit?

Satis dictum de remiſſione fructuariæ cautionis a teſtatore facta. videamus; an poſſit fieri pactione heredis aut alterius domini, uſumfructum tradentis. Sed non puto. eſt enim talis pactio adverſus leges: quia eſt adverſus formam, uſuifructui a Prætore datam: nempe, ne fructuarius in re fructuaria graſſetur cum injuria proprietarii. negat autem Prætor *l. 7. §. 7. de pactis*, ſe ſervaturum pacta adverſus leges facta: id eſt, (ut ad Edictum de pactis & tranſactionibus pridem oſtendam) adverſus Jus Civile, aut Prætorium: quo data pleriſque rebus eſt forma a publica utilitate non aliena. Nec magnam moram huic liti facit Tryphoninus *l. 46. D. de pactis*: ita ſcribens. *Pactum inter heredem & legatarium factum, ne ab eo ſatis accipiatur, cum in Semeſtribus relata eſt Conſtitutio Divi Marci, ſervari in hoc quoque defuncti voluntatem; validum eſſe conſtat: nec a legatario remiſſa heredi ſatiſdatio per pactionem, ex pœnitentia revocari debet: cum liceat ſui juris perſecutionem, aut ſpem futuræ perceptionis deteriorem conſtituere.* Eſt enim hæc Tryphonini ſpecies diverſa a noſtra. nempe teſtator, apud Tryphoninum, legatario reliquit legatum ſub conditione aut in diem: & quia non poteſt legatarius agere ante quam dies veniat, aut conditio exiſtat: interim tenetur heres ex Edicto Prætoris, (cujus mentio in *l. 1. D. Ut legatorum aut fideicommiſſorum ſervandorum cauſa*) legatario cavere datis fidejuſſoribus de legato præſtando, veniente die, aut exiſtente conditione. eam igitur cautionem cum peteret legatarius; pactus eſt heres, ne exigatur. an valet pactum? movet dubium: quod creditur eſſe adverſus jus publicum: volens, legatarium de liberalitate teſtatoris, veniente die aut exiſtente conditione, eſſe ſecurum: cum ſit e republica, defuncti voluntatem habere exitum. ea certe ratione non potuit teſtator eam cautionem heredi in teſtamento remittere. cæterum D. Marcus, intellecto, talem cautionem magis ad privatam teſtatoris, quam ad publicam utilitatem pertinere, teſtatori, quod non licebat, permiſit *l. 2. C. Ut in poſſeſſionem legatorum.* ſicut igitur D. Marcus permiſit, eam cautionem a teſtatore heredi in teſtamento remitti: ita patitur, Tryphoninus, eam heredi a legatario pacto convento remitti: volente ratione, licere æque legatario ac teſtatori, a ſuo jure ſua voluntate recedere: ubi non intercedit res publica. Sic in cautione legatorum ſervandorum gratia. a qua nolim fieri argumentum ad remiſſionem cautionis fructuariæ, qua de quærimus: quia putavit Prætor, hanc ſpectare ad rem publicam. nec circa eam facta umquam eſt ſimilis alicujus Principis interpretatio. imo vetuit Imperator Alexander *l. 7. C. eod. tit.* ab una ad alteram argumentando fieri collectionem: ut ſupra dixi; ideoque exiſtimem, fructuariam cautionem neque teſtatoris voluntate, neque heredis pactione, fructuario remitti poſſe.

Aliud eſt: ſi heres, aut alius proprietatis dominus, fructuario tradens rem fructuariam, omittat cautionis exactionem. nam id facti eſt: ideoque, ſi eum pœniteat omiſſæ cautionis, nihilominus poterit rem fructuariam vindicare: & ſi ei objiciatur exceptio de re tradita uſusfructus nomine; poterit replicare. æque licebit ei, ſi volet, ſtipulationem condicere *l. 7. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.*

Igitur jubet Prætor, (huc enim redeundum eſt) fructuarium ſatiſdare: & ſi non ſatiſdet; negat, ſe ei daturum eſſe actionem. juſtiſſime: ſi poſſit ſatiſdare fructuarius. ſed quid, ſi non poſſit: non inveniens fidejuſſorem qui pro eo ſatiſdet? prope hæreo. facit enim hinc ſecuritas quam dominio proprietatis ſatiſdatione contingere voluit Prætor. inde movet: quod hanc præſtare nequit fructuarius; & iniquum videtur, eum a petitione liberalitatis ei factæ arceri propterea, quod ei deſit ſatiſdandi facultas *l. 6. D. Si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit.* Eſt tamen is Edicti rigor: ne fructuario vel hoc caſu ſit actio de uſufructu. nam diſtricte ait Prætor *l. 13. D. de uſufructu*, Si non ſatiſdabit, actionem ei non dabo. apparet igitur, fructuario, etſi ideo non ſatiſdet, quod non inveniat fidejuſſorem qui pro eo promittat, denegandam eſſe ex Edicto actionem. At enim nulla impoſſibilium eſt obligatio. quis negat? hæc tantum inſpectio eſt, an conditio ſub qua Prætor fructuario pollicetur actionem de uſufructu, impoſſibilis ſit? ſed non eſt, mea opinione. dicatur difficilis fructuario ſatiſdationis conditio: at non eſt impoſſibilis quæ poteſt natura impleri, nec Jure impeditur. impoſſibilis appellatur cui natura aut Jus eſt impedimento, quo minus exiſtat. difficilis contra quæ neque Jure impeditur, & interim difficilem ac pene impoſſibilem habet exiſtentiam. ita impoſſibile in re, difficile in perſona eſſe, non minus ſubtiliter ingenioſeque, quam vere definit Venulejus *l. 137. §. 4. D. de verborum obligationibus.* verba Venuleji, etſi compluſcula ſint, appoſui, quia digna ſunt quæ notentur. *Illud inſpiciendum eſt: an qui centum dari promiſit, confeſtim teneatur; an vero ceſſet obligatio, donec pecuniam conferre poſſit? quid ergo, ſi neque domi habet, neque inveniat creditorem? Sed hæc recedunt ab impedimento naturali, & reſpiciunt ad facultatem dandi. eſt autem facultas perſonæ commodum incommodumque, non rerum quæ promittuntur. & alioquin, ſi quis Stichum dari ſpoponderit, quæremus, ubi ſit Stichus: aut ſi non multum referre videatur, Epheſi daturum ſe, an quod Epheſi ſit, cum ipſe Romæ ſit, dare ſpondeat. nam hoc quoque ad facul-*

cultatem dandi pertinet: quia in pecunia & in Sticho illud commune eſt, quod promiſſor in præſentia dare non poteſt. Et generaliter cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoris pertinet: ne incipiat dici, eum quoque dare non poſſe, qui alienum ſervum, quem dominus non vendat, dare promiſerit. Elegans Venuleji exemplum. æque ſequens Pauli *l.* 4. §. 1. *D. de ſtatuliberis. Non eſt ſtatuliber, cui libertas iu tam longum tempus collata eſt, ut eo tempore is, qui manumiſſus eſt, vivere nou poſſit: aut ſi tam difficilem, imo pene impoſſibilem conditionem adjecerit, ut aliunde* (Gronovius Pater, V. CL. De pecunia vetere cap. 5. pag. 81. legit, *illi inde*, probabiliter admodum) *ea libertas contingere nou poſſit; veluti, ſi heredi millies dediſſet: aut cum mo eretur, liberum eſſe juſſiſſet. ſic enim libertas inutiliter datur: & ita Julianus ſcribit: quia nec animus dandæ libertatis eſt.* Ecce, proponitur ſervo data libertas ſub conditione, ſi heredi millies dediſſet: videtur Paulo conditio, non impoſſibilis, ſed difficilis. recte: quippe cum natura, & jure impleri poſſit. eſt igitur difficilis: ſed non impoſſibilis, etſi ſit pene impoſſibilis. inter quæ differentiam eſſe, etiam Ulpianus obſervat *l.* 55. *D. Familiæ erciſcundæ*, & Jacobus Cujacius *lib.* 21. *Obſerv. c.* 39. proinde ut nil neceſſe ſit, impoſſibilem impleri conditionem, tamen difficilem & pene impoſſibilem impleri, quid vetat? Hac ratione datur fructuario a Prætore de uſufructu actio, ſi proprietario ſatiſdet. quod ſi non facit, cum poteſt facere, etſi difficulter: ei denegatur a Prætore actio. Volui hic recedere ab hac parte. ſed moratur me Calliſtratus *l.* 6. *D. Si cui plus, quam per Legem Falcidiam licuerit*, quam ſupra pro contraria attuli parte. verba ejus hæc ſunt ex *lib.* 4. *De cognitionibus, Cum non facile ſatiſdatiouem offerre legatarius vel fideicommiſſarius poſſit; & futurum ſit, ut propter hoc a petitione liberalitatis ex teſtamento ſubmoveatur: numquid onus ſatiſdationis eis remittendum erit? quod videtur adjuvari Reſcripto Divi Commodi in hæc verba: Is cujus ea de re notio eſt, aditus ſi compererit, ideo cautionem a te exigi, ut a fideicommiſſi petitione avertaris, onus ſatiſdationis tibi remitti curabit.* Species. Aliquis petit legatum vel fideicommiſſum, ſibi in teſtamento relictum. heres dicit, ſe dubitare; an locum habitura ſit lex Falcidia. petit igitur, ſibi a legatario ſatiſdari: ut, ſi apparuerit, eum legati nomine cepiſſe amplius, quam a Lege Falcidia capere licebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam det. ſic enim heredi a legatario caveri, juſſit Prætor *l.* 1. *D. eod. tit.* quid legatarius? non facile poteſt, id eſt, non poteſt, eam offerre ſatiſdationem. negat igitur heres, eſſe ei dandam a Prætore adverſus ſe actionem. quæritur, quid Prætorem facere oporteat? futuro ſic: ut legatarius, niſi onus ſatiſdationis ei remittatur, propter hoc ſubmoveatur a petitione liberalitatis ex teſtamento. quod eſſe durum quis neget? interim (ut alibi loquitur Ulpianus *l.* 12. *D. Qui & quibus manumiſſi*) ita ſcriptum fuit Edictum. nec poteſt legatario ſuccurrere aut privatus Magiſtratus, aut Juriſconſultus; ne ſpecie quidem æquitatis, tam certa Edicti voluntate. ſed quod non licet Prætori, aut Juriſconſulto, ſervienti legibus; licet Principi, legibus ſoluto *l.* 1. *C. de legibus.* id Calliſtratus indicat *d. l.* 6. ait is D. Commodum, cum is caſus incidiſſet, reſcripſiſſe in hæc verba. *Is cujus de ea re notio eſt, aditus ſi compererit, ideo cautionem a te exigi, ut a fideicommiſſi petitione avertaris, onus ſatiſdationis remitti tibi curabit.* Unde apparet, Prætorem, quod non potuit facere ſuo jure, etſi ſuadente æquitate, potuiſſe facere ex permiſſu Principis. Sic illa in ſpecie Calliſtratus. An idem dicemus in noſtra? procul dubio: ſi in ea quoque intercedat Reſcripti auctoritas. at non liquet. ſervandus igitur eſt Edicti rigor: etſi humanitas non vetet de temperamento cogitari. Neque ignoro, id aliquando egregie factum eſſe a Veteribus in *l.* 5. §. 2. *D. de Carbouiano Edicto.* Sed in propoſito nihil tale uſquam occurrit. puto igitur, non eſſe privatæ interpretationis cui una in hac arte relicta eſt obſequii gloria, prætextu æquitatis recedere a ſtricta ratione certa & clara, quamdiu ceſſat benignitas Principalis. hoc eo minore dicam periculo: cum appareat, Juſtinianum putaſſe, adhuc fuiſſe ſibi neceſſe, in matre circa cautionem hac in parte aliqua ſpecialiter conſtituere *l.* 6. §. 1. *C. de ſecundis nuptiis.*

Ait igitur Prætor, *Si non ſatiſdabit, actiouem non dabo.* quid, ſi proprietas alicui legata ſit ex die; uſusfructus pure? ſi ad Prætoris verba ſpectamus: verius eſt, hunc quoque teneri ſatiſdare: alioquin ei denegari actionem: quia Prætoris verbis non excuſatur a cavendi neceſſitate. ſed non fuit ea mens Prætoris: cum enim velit, proprietario conſulere præſtita cautione; una erit inſpectio; utrum heredi, an ſibi cavere debeat fructuarius. & quantum ad heredem attinet, is habet quidem proprietatem, ſed nihil intereſt ejus: abitura ab eo poſt diem proprietate. quantum vero ad fructuarium pertinet; certum eſt, proprietatem vel ad eum, vel ad heredem ejus, perventuram eſſe: at ſibi promittere, aut a ſe ſtipulari, nemo poteſt. igitur etſi teneatur fructuarius etiam ea in ſpecie ſatiſdare ex Prætoris verbis quibus non excipitur: tamen remittenda ei videtur cautio ex mente & ſententia Prætoris *l.* 9. §. 2. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.*

Simile quid obſervari in patre, qui habet uſumfructum in peculio filiifamilias adventitio, juſſit Imp. Juſtinianus *l. ult.* §. 4. *ad fin. C. de bonis quæ liberis*, his verbis. *Hoc procul dubio obſervando, ut & mancipia ipſe uſufructuarius alere debeat, & omnia circa uſumfruc-*

tum

Digitized by Google

tum facere, quæ nullo modo proprietatem poſſint deteriorem facere: paterna reverentia cum excuſante, & a ratiociniis, & a cautionibus, & ab aliis omnibus quæ ab uſufructuariis extraneis a legibus exiguntur ſecundum Conſtitutionis tenorem, quam ſuper hujuſmodi caſibus tulimus. Imp. Juſtinianus indigitat procul dubio ſuam Conſtitutionem quæ eſt *l.* 6. §. 2. *C. eod. tit.* in qua tamen ea cautio aliis fructuariis incumbens, patri non remittitur manifeſtis verbis: quamquam latitudine verborum quibus utitur Imperator, ſatis remiſſa intelligitur. Sic in patre.

At non is honos habetur matri tranſeunti ad ſecunda vota; præſertim in mobilibus *l.* 6. §. 1. *C. de ſecundis nuptiis:* ſicut nec vetere Jure remittebatur ei cautio: relicto ei a marito domus uſu, filiis heredibus inſtitutis; etiam cum voluit pater, eos ſimul habitare cum uxore legataria: ut apparet ex *l.* 11. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.*

Caput XX.

De quaſi uſufructu quantitatum introducto a Senatu: & qua forma?

Hactenus dixi de uſufructu rerum in quas cadere poteſt facultas utendi fruendi ſalva rerum ſubſtantia. quem uſumfructum Jure Civili conſtitui, ait Ulpianus *tit.* 24. §. 26. Deinceps videbo de uſufructu rerum quæ in abuſu continentur. Eum uſumfructum, cum eſſet Jure Civili incognitus, Senatuſconſulto inductum eſſe, idem refert Ulpianus *d. tit.* §. 27. & *l.* 1. *D. de uſufructu earum rerum.* quando autem id factum ſit, non eſt facile dictu. unum liquet, non adſcendere ad tempora Ciceronis: in *Topicis* nullum adgnoſcentis uſumfructum rerum quarum abuſus ſit. ſub Tiberio jam viguiſſe, conjecit Marcus Aurelius Galvanus, V. Cl. *De uſufructu c.* 3. & indicio *l.* 5. §. 1. & *l.* 3. *D. eod. tit.* certe altero in loco Senatuſconſulti interpres laudatur Maſſurius Sabinus: quem ſub Tiberio floruiſſe, Pomponius auctor eſt *l.* 2. §. 47. *D. de origine juris.* in altero proponitur diſputatio Nervæ & Caſſii: quærentium, an poſt Senatuſconſultum poſſit legari uſusfructus nominum. Caſſium porro cum Quartinio ſub Tiberio Conſulem fuiſſe, & Nervam patrem quem indigitat *d. l.* 3. Tiberio familiariſſimum fuiſſe, idem Pomponius memorat *d. l.* 2. §. 47. Satis de tempore.

Venio ad Senatuſconſultum: cujus, ſi Galvano credimus, tantum unum fuit caput: in quo, quod permiſit Senatus, legari uſumfructum omnium quæ in bonis ſunt, nec diſtinxit, utrum in uſu ſint, an in abuſu, poſſit etiam eorum quæ in abuſu ſunt, uſusfructus legari. nec hoc nego. etſi nec accedam Galvano: exiſtimanti, remedium quo id fieri poſſet, a Prudentibus inventum eſſe. mea ſententia, fuerunt duo Senatuſconſulti capita. priore cenſuit Senatus: ut omnium rerum quas in cujuſque bonis eſſe conſtaret, uſusfructus legari poſſet. id caput extat in *l.* 1. *D. de uſu & uſufructu legato.* eoque inductum videri, Ulpianus ait *l.* 1. *D. de uſufructu earum rerum:* ut earum rerum, quæ uſu tolluntur vel minuuntur, uſusfructus legari poſſit. altero capite juſſit Senatus, legato uſufructu earum rerum quæ in abuſu continerentur, eas legatario dari ab herede ita, ut ejus fiant: & legatarium viciſſim cavere heredi, ſe, ſi mortuus aut capite minutus fuerit, tantumdem reſtituturum eſſe. Hoc ut opiner, perſuadeor teſtimonio Ulpiani *d. tit.* 24. §. 27. remedium quaſi uſusfructus non Prudentum interpretationi ex Senatus ſententia, ſed claris Senatus verbis, imputantis: ſic enim ſcribit. *Senatuſconſulto cautum eſt, ut etiamſi earum rerum quæ in abuſu continentur; ut puta, vini, olei, tritici, uſusfructus legatus ſit, legatario res tradantur cautionibus interpoſitis de reſtituendis eis, cum uſusfructus pertinere deſierit.* Similiter in *l.* 11. *D. de uſufructu earum rerum* ait, *Si lanæ alicui uſusfructus legatus ſit, vel odorum, vel aromatum: nullus videtur uſusfructus in iſtis jure conſtitutus: ſed ad Senatuſconſultum erit deſcendendum quod de cautione eorum loquitur.* Igitur remedium quaſi uſusfructus non Prudentum diſputationi debetur; ſed manifeſtis Senatuſconſulti verbis: quæ, ut Ulpianus ait, de cautione loquuntur. Unde *impleta ex Senatuſconſulto cautio*, apud Papinianum *l.* 24. *D. de uſu & uſufructu legato:* & apud Imperatorem §. 2. *Inſt. de uſufructu, Senatus non fecit quidem earum rerum uſumfructum, (nec enim poterat) ſed per cautionem quaſi uſumfructum conſtituit.* Secundo igitur capite juſſit Senatus, legato pecuniæ, verbi gratia, uſufructu, eam ab herede ſic dari legatario, ut ejus fiat: & eum heredi viciſſim cavere de reſtituenda tanta pecunia, finito uſufructu. quo facto, licet adhuc utendo perit pecunia: (non enim poteſt Senatus pecuniæ naturam mutare) interim tamen heredi cautum eſt de tanta pecunia reſtituenda; neque ejus intereſt, utrum eamdem an ſimilem recipiat. eſt igitur ei quaſi ſalva ſubſtantia quæ revera perit: & cum non ſit verus uſusfructus Jure Civili, Senatus remedio cautionis quaſi uſumfructum conſtituit *d.* §. 2. *Inſt.* & *l.* 2. §. 1. *D. de uſufructu earum rerum.* Sic: ſi legatus ſit pecuniæ uſusfructus: ſed Ulpianus *l.* 10. §. 1. *D. eod. tit.* credidit, etiam, ſi legatus ſit pecuniæ uſus, interponendam eſſe iſtam ſtipulationem: præfatus, appellatione uſus in hac ſpecie etiam fructum contineri. præterea addit, quoſdam velle, hanc ſtipulationem non

interponi ante, quam data fuerit pecunia. ipſe autem putat, ſive antea, ſive poſtea data ſit, tenere ſtipulationem. Eſt igitur a Senatu remedio cautionis introductus pecuniæ uſusfructus, qui ante non poterat eſſe Jure Civili: ideoque merito mirere, fuiſſe quæſitum a Veteribus: an ea cautio fructuario poſſit a teſtatore remitti? nam ſi legat pecuniæ uſumfructum, & vetat exigi cautionem: ſibi contradicere videtur. non enim ob id legat proprietatem, quod remittit fructuariam cautionem: ut autem poſſet uſumfructum legare, a Senatu factum fuit remedio cautionis. porro remiſſa cautione, vetat ſervari formam huic uſuifructui a Senatu datam. Quemadmodum tamen legatum cui adjecta ſit impoſſibilis conditio, valet ea detracta: ita ſi legetur uſusfructus pecuniæ, & adjiciatur, Ne eo nomine ſatiſdetur: placet Juliano *l. 6. D. Ut in poſſeſſionem legatorum*, uſumfructum valere: ſed cautionis remiſſionem vitiari; ſimul legatario permitti, ex Senatuſconſulto ſatiſdare, & uſumfructum petere. ac ſecundum hoc etiam Severus & Antoninus reſcripſerunt *l. 1. C. de uſufructu*. cæterum ut hoc probo: ſic non improbem, quod Papinianus, *l. 8. D. de uſufructu earum rerum*, cum teſtator, tribus heredibus inſtitutis, Titio legaſſet uſumfructum quindecim millium, & juſſiſſet, duos ex heredibus pro legatario ſatiſdare: ait, utile eſſe cautionis quoque legatum: id eſt, non tantum uſusfructus legatum, ſed cautionis quoque: nec refragari Senatuſconſultum: quia cautio non impediretur, & eſſe alterum legatum veluti certi, alterum incerti.

Eſt igitur a Senatu factum remedio cautionis: non ut verus eſſet pecuniæ uſusfructus: ſed ut quaſi quidam uſusfructus haberetur. eſt enim magna & multiplex inter utrumque differentia. prima eſt, quod verus uſusfructus conſiſtit in corporibus quorum poſt uſum manet ſalva ſubſtantia: quaſi uſusfructus reſpicit ad quantitates in quibus ſalva poſt uſum non eſt ſubſtantia. altera differentia eſt, quod in vero uſufructu numquam transfertur dominium; eo quod res corporalis uſum ſui præbens ſalva ſubſtantia, poteſt uſum ſui præſtare, non tranſlato dominio: in quaſi uſufructu dominium ſemper transfertur; eo quod quantitas non præbet uſum ſui, niſi conſumatur; nec conſumi poteſt, præterquam a domino. eſt & tertia differentia, atque ipſa ex ſuperiore profluens. ea differentia eſt, quod in vero uſufructu fructuario competit jus re fructuaria utendi fruendi boni viri arbitratu: in quaſi uſufructu habet fructuarius jus ea ſuo arbitrio abutendi. alterum alieno corpori, alterum propriæ quantitati convenit. quarta differentia eſt, quod fructuarius, finito vero uſufructu, non tenetur tantumdem, ſed quod ex re ſupereſt reſtituere. contra in quaſi uſufructu tenetur fructuarius non id quod ex re ſupereſt reſtituere, ſed tantumdem. alterum enim conſequens eſt rei, præbenti uſum ſalva ſubſtantia, & functionem recipienti non in genere, ſed in ſpecie: alterum eſt conſequens rei quæ uſu conſumitur, & functionem habet magis in genere, quam in ſpecie. quinta differentia eſt, quod in vero uſufructu cavet fructuarius, ſe uſurum fruiturum arbitratu boni viri, & finito uſufructu reſtituturum quod ex re fructuaria extabit: in quaſi uſufructu non hoc cavet fructuarius, neque enim poteſt; ſed finito uſufructu, id eſt, morte aut capitis deminutione, (ſolis enim his caſibus amittitur *l. 9. & l. 10. D. de uſufructu earum rerum*, *l. 7. §. 1. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat*) ſe tantumdem reſtituturum eſſe. Eſt igitur ingens differentia uſusfructus Jure Civili & Senatuſconſulto conſtituti. Nec tamen eſt, cur aliquis miretur, dici uſumfructum qui non per omnia ad uſumfructum accedit. nam & actio quaſi Serviana ſimpliciter Serviana appellatur *l. 18. D. de pignoribus*: & commode Seneca, *De beneficiis, lib. 5. c. 13.* *Quædam*, inquit, *etiamſi vera non ſint, propter ſimilitudinem eodem vocabulo comprehenſa ſunt. ſic pyxidem & argenteam & auream dicimus. ſic illiteratum non ex toto rudem, ſed ad literas altiores non perductum. ſic qui male veſtitum & pannoſum vidit, nudum ſe vidiſſe dicit.*

CAPUT XXI.

Quo ſenſu dicatur uſusfructus Senatuſconſulto conſtitui in rebus quæ uſu tolluntur aut minuuntur? Vaſorum uſusfructus pro uſufructu rerum mobilium. Veſtimentorum uſusfructus ſi legetur, legatum intelligi uſumfructum verum; non quaſi.

Cognita Senatuſconſulti forma, pauca addam de rebus in quibus conſtituatur quaſi uſusfructus: cum poſſit ambigi, quid in *l. 1. D. de uſufructu earum rerum* velit Ulpianus: qui ubi dixit, Senatum cenſuiſſe, *Ut omnium rerum quas in cujuſque patrimonio eſſe conſtaret, uſusfructus legari poſſit*: mox ſubjicit, *Quo Senatuſconſulto inductum videri, ut earum rerum quæ* uſu tolluntur vel minuuntur, *poſſit uſusfructus legari*. Quo enim pertinet id, *quæ uſu tolluntur vel minuuntur?* an quis neſcit, quod veriſſime obſervat Cicero, *Pro Marcello*, *Nihil eſſe opere aut manu factum, quod aliquando non conficiat, & conſumat vetuſtas.* Age vero apud Ovidium, *De Ponto, lib. 4. Eleg.* 10.

Gutta cavat lapidem, conſumitur annulus uſu,
Et teritur preſſa vomer aduncus humo.

Et *lib. 1. Eleg.* 3.

Fir-

Firma ſit illa licet, ſolvetur in æquore navis,
Quæ nunquam liquidis ſicca carebit aquis.

Eodem modo Cato, apud Gellium *lib.* xi. *Noct. Attic. c.* 2. *Vita*, inquit, *humana prope uti ferrum eſt: ſi exerceas conteritur: ſi non exerceas, tamen rubigo interficit. item homines exercendo videmus conteri. ſi nihil exerceas, inertia atque torpedo plus detrimenti facit, quam exercitio.* Igitur naves, annuli, vomeres, homines, uſu teruntur, minuuntur, conſumuntur, tolluntur: & poſſit eorum æque ac quantitatum videri quaſi uſusfructus. Sed hoc neque Senatui, neque Ulpiano, negotium fuit. atque ut negari nequeat, ea corpora æque uſu minui & tolli ac quantitates: tamen refert; quod quantitates ſtatim, ac ſub uſum cadunt, eo minui & tolli videmus: at corpora ita recipiunt uſum; ut quoquo tempore quid decedat, non ſentiatur. optime Lucretius *lib.* 1. *De rerum natura.*

— — — *Multis ſolis redeuntibus annis*
Annulus in digito ſubtertenuatur habendo:
StillicidI caſus lapidem cavat: uncus aratri
Ferreus occulte decreſcit vomer in arvis:
Strataque jam volgi pedibus detrita viarum
Saxea conſpicimus: tum portas propter ahena
Signa manus dextras oſtendunt attenuari
Sæpe ſalutantum tactu, præterque meantum.
Hæc igitur minui, cum ſunt detrita videmus:
Sed quæ corpora decedant in tempore quoquo
Invida præcluſit ſpeciem natura videndi.

ex Lucretio apparet, corporum, etiam cum uſu teruntur, ſalvam manere ſubſtantiam; eoque cum ſemel ſub uſum cecidere, adhuc recipere uſum. manifeſtum contra eſt, quantitates, quatenus ſub uſum cadunt, ita ſtatim eſſe deſinere: ut cum ſemel functæ ſunt, iterum non recipiant uſum. hoc in genere ſunt vinum, oleum, frumenta, ſunt odores, ſunt unguenta quæ Plinius *lib.* 13. *Nat. hiſt. c.* 3. ait, *illico exſpirare & ſuis mori horis.* idem vel ſimile eſt in pecunia numerata: quæ ſi erogetur, etſi accipienti ſalva ſit, tamen ſolventi perinde perit, ac ſi eſſe ſtatim deſinat: ideoque palam minui dicitur in illo Horatii, *lib.* 1. *Sermon. ſat.* 1.

Quod ſi comminuas, vilem redigetur ad aſſem.

adhæc ſi quæ utendo ſic mutentur, ut ſtatim in aliud tranſeant nomen; (ut fit in lana, veſtimento facto) quod dubium eſt, quin ea quoque uſu minui & tolli dicantur? ſolas igitur quantitates quæ non occulte, nec tempore, ſed palam & ſtatim, uſu delentur aut mutantur, eoque uſum quatenus ſemel habuere, denuo non accipiunt, Ulpianus *d. l.* 1. uſu tolli aut minui ſignificat; earumque legato uſufructu, non conſtitui uſumfructum Jure Civili: ſed eſſe deſcendendum ad Senatuſconſultum quod de earum cautione loquitur *d. l.* 11. *D. de uſufructu earum rerum.* in corporibus non eſt ita, ne mobilibus quidem, licet terantur, id eſt, tempore minuantur. Hoc Ulpianus obſervat *d. l.* 12. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat*, verbis ſequentibus. *Si vaſorum* [*ipſorum*] *uſusfructus relictus ſit, non erit cautio Senatuſconſulti neceſſaria: ſed illa ſola, boni viri arbitratu uſurum fruiturum. Si igitur tradita ſunt fruendi cauſa, nemo dubitat, non fieri ejus, qui accepit: non enim ideo traduntur, ut dominium recedat ab eo qui tradit, ſed ut utatur fruatur legatarius. Ergo cum non fiant fructuarii vaſa, vindicari a proprietario poſſunt, cautione non data. videndum eſt de condictione, an poſſit locum habere? & proditum eſt, neminem rem ſuam, niſi furi condicere poſſe.* Sic Ulpianus non minus clare quam ad rem appoſite. Tantum addam, quid *vaſorum* appellatione comprehendat. puto autem, vaſa ab eo ſumi, ut ſumuntur in illo Livii *lib.* 1. *c.* 24. *Rex facisne me tuum regium nuncium populi Romani Quiritium? vaſa comiteſque meos?* In quo loco notat Turnebus, *Vaſorum* nomine contineri ſupellectilem. nam vaſa ſignificare omne inſtrumentum, etiam venatorium: & adducit ſequentia Gratii verba. *Nec ſibi turbam contraxis comitem, nec vaſa tenentia late.* Turnebo addam ego hoc Conſtantini *l.* 22. *C. de adminiſtratione tutorum. Quod in veſte, margaritis, gemmis, & vaſculis, cæteraque ſuppellectile neceſſarium eſt.* Jam Seneca *lib.* 1. *De beneficiis c.* 1. *Nomina facturi diligenter in patrimonium & vaſa debitoris inquirimus.* Ubi optime Lipſius *vaſa* interpretatur inſtrumentum, ſupellectilem, & quidquid non eſt ſoli. Eodem modo accipit Petrus Pithœus, *Notis ad Tit* 1. *Collationis legum Moſaicarum & Romanarum, pag.* 111 *& ſeq.* hæc Moyſis verba. *Si autem per inimicitiam impulerit eum, vel immiſerit ſuper eum aliquod vas ex inſidiis.* Poſſent hæc ſufficere. addam tamen hoc ex *l.* 8. *D. de inſtruct. vel inſtrum. legat.* quia Ulpiani eſt. *Vaſaque utilia culturæ. quæ ſunt aratra, ligones, ſarculi, falces putatoriæ, bidentes & ſi qua ſimilia dici poſſunt.*

Quod de vaſis dixi, ſimili ratione dicam de veſtibus, legato ipſarum uſufructu. At enim Tribonianus §. 2. *Inſt. de uſufructu* veſtes inſerit numero rerum in quibus quaſi uſusfructus ex Senatuſconſulto conſtituitur: hac ratione, quod uſu conſumuntur. Sed vereor: ne erret Tribonianus: forte deceptus verbo *minuuntur* quo in *d. l.* 1. *D. de uſufructu earum rerum* uſus eſt Ulpianus. nam is eo verbo non eſt complexus rerum attritionem paulatim incidentem, & interim ſubſtantiam poſt uſum linquentem. contra indigitavit minutionem qua res ſtatim, ac ſub uſum cadunt, delentur. talis minutio apparet in uſu quantitatum de quibus dixi. at in veſtimentorum uſu nulla eſt. rem confirmat Plinius *lib.* 13. *Nat. hiſtor. c.* 3. his verbis. *Margaritæ gemmæque ad heredem tranſeunt: veſtes prorogant tempus: unguenta illico exſpirant, ac ſuis moriuntur horis.* Non igitur eſt quaſi uſusfructus veſtium, ne quotidianarum quidem, etſi tempore terantur. non enim exſpirant ſta-

tim

tim. veſtes omnes prorogant tempus, ut jumenta, mancipia, naves, vaſa: quæ ut utendo ſenſim terantur, interim ſuperſunt, & ſæpius eumdem recipiunt uſum; atque ut nova, ita attrita, veſtimenta & mancipia appellantur *l. 37. D. de Ædilitio Edicto*, *l. 6. D. de rei vindicatione.* Siccine? ne dubita. qui enim habet alicujus uſumfructum corporis, quem uſumfructum appellamus verum, ejus quod officium eſt? niſi re fructuaria uti frui boni viri arbitratu: & ſi finitus erit uſusfructus, reſtituere quod inde exſtabit. at nec aliud cavere eum oportet, quam uſurum fruiturum ſe boni viri arbitratu; & cum deſinet uſusfructus ad eum pertinere, reſtituturum ſe quod inde exſtabit. *l. 1. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.* Hæc eſt natura veri uſusfructus Jure Civili conſtituti. cui quin conveniat veſtimentorum uſusfructus, vix dubitare licet. poteſt enim & debet illis uti frui boni viri arbitratu fructuarius: poteſt etiam finito uſufructu, domino quod ex his exſtabit, reſtituere. accedit: quod, legato veſtium uſufructu, a fructuario exigitur cautio veri uſusfructus: non ea quæ Senatuſconſulti eſt. igitur nec domino tenetur fructuarius actione ex ſtipulatu: ſi finito uſufructu, ei reddat veſtem attritam boni viri arbitratu. id liquet hac in formula, *Reddi quod inde exſtabit.* idem ſtatuit Ulpianus in illa, *Veſtem reddi l. 9. §. 3. D. eod. tit.* puto, quia eſt animus veſtem utendam fruendam dantis, ut fructuarius eam terat boni viri arbitratu, inani illi futuro jure utendi fruendi re attritioni obnoxia; niſi accipiat facultatem eam terendi boni viri arbitratu. videtur igitur heres ſtipulatus, veſtem reddi finito uſufructu, ſtipulari quod ex veſte exſtabit. ac ſi hoc eſt: apparet, veſtimentorum & cæterorum corporum Ulpiano parem eſſe uſumfructum: pari utrimque cautione, pari utendi fruendi forma, & a quantitatis uſufructu diverſa. Ipſe hanc expreſſerat Ulpianus *l. 15. §. 4. D. de uſufructu.* ſed alii ad hunc modum deformarunt. *Et ſi veſtimentorum uſusfructus legatus ſit, non ſicut quantitatis uſusfructus legetur, dicendum eſt, ita uti eum debere, ne abutatur. nec tamen locaturum, quia ita vir bonus non uteretur. Proinde & ſi ſcænicæ veſtis uſusfructus legetur, vel aulæi, vel alterius apparatus: alibi quam in ſcæna non utetur. Sed an & locare poſſit videndum eſt? Et puto locaturum, & licet teſtator commodare, non locare ſolitus fuerit, tamen ipſum fructuarium locaturum tam ſcænicam, quam funebrem veſtem.* Ita editur Florentiæ. Emendo nulla mutatione: ad Sigla reſpicientibus. *Et ſi veſtimentorum uſusfructus legatus ſit, non ſicut quantitatis uſufructu legato, dicendum eſt.* & reliqua. Scripſerat Ulpianus, *non ſicut quantitatis uſ. lg. dicendum eſt.* His Siglis uterque indicabatur ſermo, *uſufructu legato* & *uſusfructus legetur.* auctores Valerius Probus, & Magno; ſcribentes, Nota hac VF. *uſumfructum*, iſta LG. *legatum* aut *legavit*, denotari. ita cum ambigua eſſet Siglorum ratio: miramur, Librarium erraſſe & alterum pro altero ſubjeciſſe? Longius a Florentina ſcriptura Haloandri editio: ſed prope a meo ſenſu. *Et ſi veſtimentorum uſusfructus legatus ſit, non quemadmodum ſi quantitatis uſusfructus legetur.* & ſequentia. Ut tamen propius accederem ad Florentinam ſcripturam: malui, *non ſicut quantitatis uſufructu legato.* a qua lectione etiam ſtant Græci, *lib. 16. Baſilic. tit.* 1. ſic vertentes, Fabroto interprete. *Qui veſtis uſumfructum habet, non ſic ea abutitur, ut nummis quorum uſusfructus legatus eſt, nec ipſam locat.* Poſſis forte & ita reſtituere, *non SIcut quantitatis uſusfructus legetur*, & cætera: ut perinde ſit, ac ſi ſcriptum eſſet, *non ſicut ſi quantitatis uſusfructus legetur.* Ac neſcio, an ſimile quid occurrat in *l.* 11. *D. Quemadmodum ſervitutes amittuntur.* in qua Florentiæ editur. *Is cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur, alio genere fuerat uſus: videamus, ne amiſerit ſervitutem; & alia ſit ejus conditio qui amplius oneris, quam licuit, vexerit, magiſque hic plus, quam aliud egiſſe videatur:* ſicuti *latiore itinere uſus eſſet, aut ſi plura jumenta egerit, quam licuit.* Sic Florentiæ editur. ſed conjicio. *SIcuti latiore itinere uſus eſſet. &c.* & expono, *ſicuti ſi latiore itinere uſus eſſet.* quod res poſtulat, & in aliis libris exhibetur. Sed de ſcriptura ſatis. reſtat, ut ſenſum inveſtigemus. is ſenſus eſt. Si veſtimentorum uſusfructus legatus ſit: eſſe aliud dicendum, quam ſi quantitatis uſusfructus legetur. nam quantitatem quidem fructuario dari ita, ut ejus fiat; & ea pro arbitrio ſuo abutatur. at veſtes fructuario non ſic dari, ut ejus fiant; neque ut his arbitrio ſuo abutatur: ſed ut his utatur ſic, ut vir bonus iis uteretur. an ergo locabit veſtes fructuarius? poſſit alicui videri: eo quod fructuario competit rei fructuariæ locatio. ſed non placet Ulpiano, locaturum veſtes. quia vir bonus aliis non locaret veſtes. debet autem fructuarius veſtibus non ſic, ut ipſi videtur, uti frui pro ſuo commodo: ſed ut vir bonus his uſurus fruiturus eſſet. proinde ſi ſit ſcænicæ veſtis uſusfructus: oportet fructuarium veſte ad ſcænam comparata, ad ſcænam uti. quod ſi ad alium uſum adhibet, magis abuti ea, quam uti, videtur. Si tamen ad ſcænam adhibet: adhuc quæritur; utrum tantum per ſe uti frui debeat; an etiam per alium cui eam aut commodet, aut locet? ſed putat Ulpianus, etiam alii locaturum talem veſtem: neque referre, utrum eam commodare ſoleat teſtator, an locare: neutro a ratione boni viri abhorrente. De commodato teſtis Seneca, *Conſolatione ad Marciam. Alieni*, inquiens, *commodatique apparatus ſunt. nihil horum dono datur: collaticiis & ad dominos redituris inſtrumentis ſcæna adornatur. alia ex his primo die, alia ſecundo referentur: pauca uſque ad finem perſeverabunt.* Dedi Ulpiani ſenſum: ſimul oſtendi, eſſe ve-

rum

rum qualiumcumque veſtium uſumfructum: nullo diſcrimine, utrum ſint quotidianæ, an ſcænicæ: in eoque eſſe aliud dicendum, quam ſi legatus ſit uſusfructus quantitatis.

Sunt hæc certa, mea opinione. At te moratur reverentia Imp. Juſtiniani §. 2. *Inſt. de uſufructu:* palam atteſtantis, veſtimenta ipſo uſu conſumi; ideoque eorum quaſi uſumfructum eſſe. atque ego non dubito; quin potuerit Imp. Juſtinianus in veſtimentorum uſufructu, aliquod quærentibus temperamentum, pro faciliore expeditione, legiſlatoria uti poteſtate: ſicut in *l. 6. §. 1. C. de ſecundis nuptiis* ea uſi ſunt Impp. Leo & Anthemius circa uſumfructum rerum mobilium mulieris ad ſecunda vota tranſeuntis, in liberalitate prioris mariti. At in *d.* §. 2. non hoc agit Juſtinianus. contra diſputat, an veſtimenta utendo conſumantur, itemque quis ſit Veteris Juriſprudentiæ uſus circa eorum uſumfructum. utraque res facti eſt: non magis a Principis, quam a cujuſque privati hominis fide atque auctoritate pendens. igitur dabis mihi veniam: exiſtimanti, lapſum errore eſſe Imperatorem in re facti. apage. utinam ſolus hic argui poſſet ejus error. ſed ego hominem eſſe, aliquoties deprehendi: poſſemque plura adferre exempla: niſi unum ſufficeret ex *Nov. 78. c. 5.* ubi ſic ſcribit is Imperator. *Antoninus Pius cognominatus (ex quo etiam ad nos appellatio hæc pervenit) jus Romanæ civitatis prius ab unoquoque ſubditorum petitus, & taliter ex iis qui vocantur peregrini, ad Romanam ingenuitatem deducens, hoc ille omnibus in commune ſubjectis donavit.* Sic quidem Juſtinianus. ſed errat in re facti: nec ad rem pertinet tanti majeſtas nominis: palam refellentibus eum Dionis Coccejani Excerptis ex Collectaneis Conſtantini Auguſti Porphyrogenetæ, editis ab Henrico Valeſio, Pariſiis A. MDCXXXIV. pag. 744. quæ hoc acceptum ferunt Antonino Caracallæ, nec tamen ejus benignitati, ut indicare videtur Juſtinianus, ſed ejus avaritiæ & ſtudio onerandi peregrinos vectigalibus a quibus immunes erant. primus id animadvertit Valeſius in Notis ad eum locum: mox annotavit Claudius Salmaſius, *De modo uſurarum, c. 19. pag. 854. & ſeqq.* etiam Rupertus *ad Enchiridion Pomponii, De origine juris, c. 1. pag. 17. & 18.* & noviſſime Ezechiel Spanhemius erudito tractatu cui nomen eſt *Orbis Romanus*, pleniſſime tradidit. verba Dionis ſi quis deſideret, appoſui ex verſione Valeſii: ſunt autem hæc. *Poſtremo præter vectigalia tum alia quæ ab ipſo primum reperta ſunt, tum vectigal decimæ, quam pro viceſima conſtituit, tam eorum qui manumitterentur, quam hereditatum ac legatorum: cum ſuccedendi jus & immunitates omnes quæ proximis defunctorum ac genere conjunctiſſimis conceſſæ legibus erant, ſuſtuliſſet. cujus rei cauſa etiam omnibus qui in orbe Romano erant, civitatem dedit: ſpecie quidem ipſa eis honorem tribuens, ſed revera, ut fiſcum ſuum augeret: quippe cum peregrini pleraque horum vectigalium non penderent.*

Dixi de pulchra & nobili quæſtione quod mihi videtur. Nec tamen diſſimulabo, aliis, ut ſervent Tribonianum, placere, intereſſe; utrum legatus ſit uſusfructus veſtimenti ut corporis, an ut quantitatis; & illo caſu verum, hoc quaſi uſumfructum legatum intelligi: idque juvari ab Ulpiano *d. l. 15. §. 4.* Sed hanc ſententiam dudum refutavi *lib. 2. Probabilium c. 4. ad finem.*

Caput XXII.

De uſufructu jurium, id eſt, ſervitutum & nominum.

Ex hactenus dictis liquet, omnium quæ in bonis ſunt, uſumfructum legari poſſe ex Senatuſconſulto. An & jurium: ut ſervitutum, itineris, actus, viæ, aquæductus? Ea quæſtio eſt *l. 1. D. de uſu & uſufructu legato:* cujus apponam verba, ut explicem. verba ſunt. *Nec uſus, nec uſusfructus itineris, actus, viæ, aquæductus legari poteſt; quia ſervitus ſervitutis eſſe non poteſt. Nec erit utile ex Senatuſconſulto, quo cavetur, ut omnium quæ in bonis ſint, uſusfructus legari poſſit, quia id neque ex bonis, neque extra bona ſit. ſed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem præſtet, & ut ea ſervitus conſtituatur ſub hac cautione, ut ſi deceſſerit legatarius vel capite deminutus ex magna cauſa fuerit, reſtituatur.* Quæſtio eſt; poſſitne legari uſus vel uſusfructus itineris, actus, viæ, aquæve ductus? In ea quæſtione Paulus, quod oſtendit Inſcriptio præferens ejus *librum tertium ad Sabinum*, primum proponit & fulcit Sabini ſententiam: deinde eam in Notis refellit. Ea ſententia eſt, Servitutis uſum aut fructum inutiliter legari. Quæſo, quamobrem? quia ſervitus ſervitutis eſſe non poteſt, prohibente regula. nam uſusfructus: ut cæteræ ſervitutes, eſt jus in corpore *l. 2. D. de uſufructu:* at ſervitus non eſt corpus, ſed corporis qualitas *l. 86. D. de verborum ſignificatione*; tantumque jure intelligitur: cum naturaliter non ſit. Hæc cauſa. huic ſubjicitur Sabini objectio ſolutioque. Senſus objectionis eſt, Senatus voluit, *legari uſumfructum omnium quæ in bonis ſunt.* igitur etiam itineris, actus, viæ, aquæductus: eſt enim iter, actus, via & aquæductus in bonis. Illa objectio. Solutio talis eſt, Senatus cavit de omnibus quæ in bonis ſunt: at id neque in bonis eſt, neque extra bona. Ut hoc intelligatur; primum monebo, fuiſſe ex Veteribus qui res incorporales accenſerent magis his quæ non ſunt, quam quæ ſunt. hoc ex numero Cicero in *Topicis* ſic ſcribit. *Definitionum duo ſunt genera prima. unum earum rerum quæ ſunt, alterum earum rerum quæ intelliguntur.*

Digitized by Google

Eſſe ea dico, quæ cerni tangive poſſnnt, ut fundum, ædes, parietem, ſtillicidium, mancipium, pecudem, ſupellectilem, penns, & cætera. Non eſſe rurſns ea dico, qnæ tangi demonſtrarive non poſſunt, ut ſi nſucapionem, ſi tutelam, ſi gentem, ſi agnationem definias, quarum rerum nullum ſubeſt quaſi corpus; eſt tamen quædam conformatio inſignita, & impreſſa intelligentia, quam notionem voco. Ex his verbis apparet, Ciceronem res incorporales annumeraſſe his quæ non ſunt. itaque, ut eo redeam; putem, illud Sabini, Servitutem neque in bonis, neque extra bona eſſe, perinde accipi oportere, ac ſi ſic diceret, Servitus eſt ex his quæ non ſunt, & ideo non pertinet ad Senatuſconſultum, ut quaſi in bonis ſit, uſumfructum recipiat. Hoc Livio, licet, credas: qui agens *lib.* 30. *c.* 37. de legibus a Scipione datis paci Carthaginienſi, fuiſſe, inquit, in his conventum ſenſu ſimili, Bellum *neve in Africa, neve extra Africam* injuſſu populi Romani gererent: pro nuſquam. Contra ait Seneca, *lib.* 1. *Quæſtion. natural.* Deum opus ſuum & extra & intus tenere; ſignificans, Deum (ut utar verbis Minucii Felicis *in Octavio*) ubique operi ſuo & proximum & infuſum eſſe. Verba Senecæ. *Quid eſt Deus? Quod vides totum, & qnod non vides totum. Sic demum magnitudo ſua illi redditur, quia nibil majus excogitari poteſt, ſi ſolus eſt omnia, opus ſnnm & extra & intus tenet.* Unde apparet, quis ſit ſenſus ejus ſolutionis, *Servitns neque in bonis, neqne extra bona eſt.* Poſſis eam & ſic interpretari: Servitus non eſt in bonis; quia jus eſt, ſubſtantiam vero naturaliter non habet, neque accidentia: nec extra bona, quia animo concipitur, atque ab eo, licet ſubſtantiam non habet, tamen imaginem ſumit. ita ambiguæ qualitatis eſt; verendumque, ut bonis accenſeri debeat, & adverſus regulam Juris ex Senatuſconſulto uſum fructumve recipere. Hoc ut cenſeam, impellit me ſimilis locutio apud Tacitum *lib.* 1. *Hiſtor c.* 40. ubi enarrans finem Galbæ, ait, ſub eum finem *neque tumultum fuiſſe, neque quietem*; id eſt, inter utrumque medium quid & dubium. Similiter Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. de adminiſtratione tntorum. Debuit tntor partibns ſuis fungi, non quidem præcipiti feſtinatione, ſed nec moratoria cunctatione.* Item Livius, ſed plenius *lib.* 8. *c.* 13. *Jam Latio is ſtatns erat, ut* neque bellum, neque pacem *pati poſſent; ad bellnm opes deërant, pacem ob agri adempti dolorem aſpernabantur*, mediis conſiliis *ſtandum videbatur.* Apulejus quoque *lib.* 1. *De philoſophia.* Verba Apuleji. *Materiam Plato neque corpoream, ſed neque ſane incorpoream eſſe concedit. ideo autem non putat corpus, quod omne corpns ſpecie qualicunque non careat: ſine corpore vero eſſe non poteſt dicere, quia nibil incorporale corpus exhibeat, ſed vi & ratione eam ſibi videri corpoream: atque ideo nec actu ſolo, neque tamen ſola opinione cogitationis intelligi: namque corpora propter inſignem evidentiam ſui ſimili judicio cognoſci: ſed quæ ſubſtantiam non habent corpoream, cogitationibns ea videri; unde adulterata opinione ambignam materiæ bnjns intelligi qualitatem.* Hæc de Sabino. At Paulus? in aliam diſcedit partem, in Notis ad Sabinum ſic ſcribens. *Sed incerti actio erit cum herede, ut:* & reliqua. Paulus ſignificat, etſi tale legatum non valeat ex Sabini ſententia: eſſe tamen legatario dandam ex teſtamento actionem incerti: ut heres, quamdiu vixerit legatarius, ei præſtet eundi, agendi, ducendi facultatem: & ea ſervitus conſtituatur ſub hac cautione; ut, ſi deceſſerit, vel capite deminutus ex magna cauſa fuerit, reſtituatur. Ita Paulus. qua cauſa, non addit: ſed; puto, duplex fuit. una, quod animadverteret, eam regulam (ut alibi oſtendi) non uſquequaque obſervari moribus populi Romani. altera cauſa fuit, quod ſervitus, quæ Jure civili ſuſtinetur, utique videtur eſſe, & rerum natura comprehendi; licet alioquin careat ſubſtantia. Sed hæc intelligitur ex Seneca: cujus de ſimilibus rebus verba hæc ſunt *Epiſt. ad Lucilinm* 58. *In rerum natura qnædam ſunt, quædam non ſunt. Et hæc autem quæ non ſnnt, rerum natura complectitur, qnæ animo ſuccurrunt, tanquam centauri, gigantes, & quidquid alind falſa cogitatione formatnm habere aliquam imaginem cœpit, quamvis non habeat ſubſtantiam.*

Similis quæſtio eſt de nominibus, legato eorum uſufructu *l.* 3. & 4. *D. de uſufructu earum rernm.* Verba *l.* 3. *Poſt quod omnium rerum nſusfrnctus legari poterit. An & nominum? Nerva negavit: ſed eſt verins, qnod Caſſius & Proculus exiſtimant, poſſe legari. Idem tamen Nerva, ipſi qnoque debitori poſſe uſnmfructnm legari ſcribit, & remittendas ei uſuras.* verba *l.* 4. *Ergo cautio etiam ab hoc exigenda erit.* Quæſtio eſt, an poſt Senatuſconſultum legari poſſit uſusfructus nominum? ait Ulpianus, Nervam negaſſe. puto, quia nominis appellatione continetur actio *l.* 44. §. 6. *D. de legatis lib.* 1. *l.* 59. *D. de legatis lib.* 3. actio porro juribus, id eſt, rebus incorporalibus, annumeratur. non enim videri neque tangi poteſt; denique, nihil eſt; niſi fictio animi. Seneca *lib.* 7. *De Benefic. c.* 10. *Video iſta diplomata, & ſyngraphas, & cautiones, vacua habendi ſimulachra, umbras quaſdam avaritiæ laborantis, per quas decipiant animum, inanium opinione gaudentem. Qnid enim iſta ſunt? quid fænus, & kalendarium, & nſura, niſi bnmanæ cupiditatis extra naturam quæſita nomina:* Et poſt. *Quid ſunt iſtæ tabulæ, quid computationes & venale tempus & ſangninolentæ centeſimæ? voluntaria mala ex conſtitutione noſtra pendentia, in quibns nibil eſt, quod ſubjici oculis, quod teneri manu poſſit, inanis avaritiæ ſomnia.* Si igitur proprie non exiſtunt nomina: non poſſunt in bonis, aut extra bona videri. Ita Nervæ ſedebat: utique, ſi uſusfructus nominis legetur alii, quam debitori. cæterum, ſi debitori legetur, contra exiſtimabat: quaſi ei jam non tam legari videatur uſusfructus actionis: quam ei remitti uſura ejus quod debet. prorſus, ut ſi

ſi ab herede conveniatur, ſe tueri poſſit exceptione, Extra quam ſi ea pecunia utatur ſecundum voluntatem teſtatoris; non refragante Senatuſconſulto. Sic Nerva. Sed verior viſa eſt ſententia Proculi & Caſſii, exiſtimantium, nominum uſumfructum legari poſſe non tantum debitori, ſed & cuicumque alii: quia placuit, omnium quæ in bonis ſunt, uſumfructum legari poſſe; bonorum autem appellatione non tantum corpora, ſed & actiones & nomina continentur *l.* 49. *D. de verborum ſignificatione:* quia quamquam re vera non ſint, tamen quatenus cogitatione & jure finguntur, eſſe intelliguntur. valet igitur legatum uſusfructus nominum: ſed adhibito remedio cautionis *d. l.* 3. *&* 4. ſcilicet de pretio nominis finito uſufructu reſtituendo.

Caput XXIII.

De uſufructu omnium bonorum vel partis bonorum.

Sed non tantum ſingularum rerum, verum etiam plurium, id eſt, partis bonorum, uſusfructus legari poteſt; ut Ulpianus refert in *Fragm. tit.* 24. §. 26. &, ſi non ſpecialiter facta ſit partis mentio; ait, dimidiam partem bonorum contineri *l.* 43. *D. de uſufructu.* amplius poteſt etiam omnium bonorum legari uſusfructus. *l.* 29. *D. eod. tit.* nam Lex Duodecim Tabularum juſſit ſine fine & modo, uti paterfamilias de pecunia ſua legaſſit, ita jus eſſe *l.* 120. *D. de verborum ſignificatione.* neque hoc mutavit Lex Falcidia. quamquam voluit, obſervari; ne heredes minus habeant, quam quartam partem hereditatis *l.* 1. *D. Ad legem Falcidiam.* eum enim modum ſi excedat teſtator, legans ultra dodrantem: Falcidia legatum non fecit inutile: ſed permiſit heredi, de legato quartam detrahere *l.* 73. §. 5. *D. eod. tit.* Eo igitur ſenſu Ulpianus *d. l.* 29. ait, *Omnium bonorum* uſumfructum poſſe legari; niſi excedat dodrantis æſtimationem.

Illud quæri poteſt, quid eo legato contineatur. & ſi quidem ad Jus Civile reſpicimus: verius eſt, quod de ſuis temporibus atteſtatur Cicero, *Topicis*, omnium dumtaxat rerum quarum, ſalva ſubſtantia, utendi fruendi poteſt eſſe facultas, legatum eſſe uſumfructum. at poſt Senatuſconſultum quo placuit, omnium quæ in bonis ſunt, uſumfructum legari poſſe, uti ſuo loco vidimus, deinde nulla res eſt quæ non cadat in uſusfructus legatum *l.* 69. *D. Ad legem Falcidiam:* ſive ſint corpora, immobilia, mobilia, vel ſeſe moventia; ſive ſint quantitates quæ pondere, numero, menſura, æſtimantur; ſive in jure conſiſtant, ut nomina. hoc Scævola *l.* 37. *D. de uſu & uſufructu legato. Uxori meæ uſumfructum lego bonorum meorum, uſque dum filia mea annos impleat octodecim. Quæſitum eſt, an prædiorum tam ruſticorum, quam urbanorum, & mancipiorum, & ſuppellectilis, itemque kalendarii uſusfructus ad uxorem pertineat? Reſpondit, ſecundum ea quæ proponerentur, omnium pertinere.* Sic Scævola: per uſumfructum kalendarii intelligens uſuras nominum: id eſt, uſuras ſortium quas aliis collocavit defunctus. eſt enim kalendarium liber in quo deſcriptæ uſuræ, ſingulis kalendis exigendæ ſolvendæque, pro more Veterum quo de egi *lib.* 2. *De fœnore & uſuris cap.* 1. Putemus igitur, legato omnium bonorum uſufructu, non modo omnium corporum & quantitatum, ſed amplius etiam rerum incorporalium, ut kalendarii, ſive nominum, & actionum, uſumfructum comprehendi. & tamen hoc ita exaudiendum eſt: ut ea contineantur actiones quas adverſus alios habebat defunctus *l.* 24. *D. eod. tit. l.* 1. *C. de uſufructu.* nam hæ demum veniunt appellatione bonorum ejus *l.* 49. *D. de verborum ſignificatione.* ſolæ quoque hæ habent utilitatem qua uſusfructus æſtimatur. cæteræ quibus aliis tenebatur defunctus, non ſunt in ejus, ſed in creditoris, bonis. ita non poteſt harum, niſi deſipimus, legatus videri uſusfructus, legato a defuncto ſuorum bonorum uſufructu. præterea tenetur heres de defuncti ære alieno: legatarius de eo non tenetur: ut ut maxime ei hereditas, aut bona, aut pars legetur: ut bene obſervavit V. Cl. Antonius Muretus, *Obſerv. jur. lib. ſing. c.* 13. quamquam quia bona non dicuntur, niſi deducto ære alieno: (ut optime Paulus *l.* 39. *D. eod. tit.* & ante eum Quintilianus *Declam.* 273.) non eſt a ratione alienum, eum cui legatus ſit omnium bonorum uſusfructus, non aliorum, quam quæ deducto ære alieno ſuperſunt, uſumfructum habere *l.* 69. *D. Ad legem Falcidiam.* Ita: ſi teſtator legaverit uſumfructum *bonorum*.

Sed quid, ſi dixerit, ſe *rerum* uſumfructum legare? ut in *l. unic. C. Si ſecundo nupſerit mulier cui maritus uſumfructum reliquerit.* eam quæſtionem ſic tractat Venulejus in *l. ult. D. de uſu & uſufructu legato. Nihil intereſt, utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis uſumfructum legaverit. nam ſi bonorum uſusfructus legabitur, etiam æs alienum deducetur: & quod in actionibus erit, computabitur. at ſi certarum rerum uſusfructus legatus erit, non idem obſervabitur.* Sic Venulejus: ſed vitioſe procul dubio. ſi enim ſtemus verbis: caret ſenſu, quocumque ea vertas modo. quamquam qua ratione emendari eum oporteat, difficile dictu eſt. Eſſe ſcio, qui pro *Nihil intereſt*, quomodo Florentiæ editur, ſcribendum putent, *Non nihil intereſt*, vel *multum intereſt*. Sed neutra emendatio ſufficit tollendo malo. ſive enim legas, *multum intereſſe*, ſive *non nihil intereſſe*,

ſive *nihil intereſſe:* adhuc ambigi poſſit, in quo videatur Venulejus facere, aut non facere differentiam inter legatum uſusfructus bonorum & legatum uſusfructus rerum: alterum tamen eſt quod demonſtrandum ſibi propoſuit. Accedit, quod in fine capitis, *At ſi*, inquit, *certarum rerum uſusfructus legatus erit*, *non idem obſervabitur:* nec apparet, cur ibi loquatur de uſufructu *certarum rerum:* cum ante non meminerit uſusfructus *certarum rerum*; ſed uſusfructus *bonorum*, & *rerum*. idque Accurſius ſenſit; cum ait, a Jureconſulto in fine variari caſum quem initio poſuerat. Poſtremo quæri video; cur in principio capitis magis fiat mentio uſusfructus tertiæ, quam dimidiæ, aut alterius, partis rerum. igitur ut tollatur ſcrupulus, & ſimul principio reſpondeat finis, ſunt qui ſic ſcribant. *Multum intereſt*, *utrum bonorum quis*, *an rerum certarum uſumfructum legaverit*, Quæ ſi placet lectio; non intercedo. nam & plana omnia facit: & nihil habeo quod in ea improbem tamquam abhorrens a Civili Jure. Etſi ſi quis retinere malit Florentinam lectionem, *Nihil intereſt*, item ſequentem, *Utrum bonorum quis*, *an rerum tertiæ partis uſumfructum legaverit*; nec ei repugnem: quia nec in illa reperio quid abſurdi. imo habuit hæc legati uſusfructus ſpecies elegantem uſum & frequentem Jure vetere: quo aliquando potuerunt vir & uxor inter ſe ſolidum capere, ſed plerumque tantum decimam, & præter hanc uſumfructum tertiæ partis bonorum: auctore Ulpiano in *Fragm. tit.* 15. *&* 16. & extat talis caſus apud Scævolam *l.* 48. *D. de uſuris*, & Javolenum *l.* 10. *D. de præſcriptis verbis.* Quid igitur eſt? etſi pro, *rerum tertiæ partis uſumfructum*, non male ſcribi poſſit, *rerum certarum uſumfructum*, quod viſum Doctis viris: tamen nulla eſt neceſſitas mutandi ſcripturam a qua neque ratio, neque Veterum uſus abhorret, & quam conſtanter ſervant manu ſcripti codices.

Probabilius conjecerim, latere vitium in verſu, *Et quod in actionibus erit:* in illo enim deëſſe verba, *ſi rerum:* quibus adjectis legendum. *Nihil intereſt*, *utrum* bonorum *quis*, *an* rerum *tertiæ partis uſumfructum legaverit. nam ſi* bonorum *uſusfructus legabitur*, *etiam æs alienum deducetur: & ſi* rerum, *quod in actionibus erit*, *computabitur. at ſi* certarum rerum *uſusfructus legatus* erit, *non idem obſervabitur.* Species talis eſt. Vir uxori legavit uſumfructum tertiæ partis *bonorum*; aut uſumfructum tertiæ partis *rerum.* Quæritur, num interſit, utrum dixerit, uſumfructum tertiæ partis *bonorum*, an uſumfructum tertiæ partis *rerum?* Quærendi cauſa eſt: quod ſi bonorum uſumfructum legavit, poſſit videri, tam quod ipſe debet, quam quod ei debetur, legato comprehendiſſe: quia bona in multis, ac præſertim cum univerſitate æſtimantur, non tantum commoda, ſed incommoda quoque ſignificant; ut apparet ex *l.* 1. *& l.* 3. *D. de bonorum poſſeſſionibus*, *item l.* 2. *&* 3. *D. de ſententiam paſſis & reſtitutis.* At non ita fuerit; ſi legare ſe *rerum* uſumfructum teſtator dixerit. primum, quia æris alieni perſonalis actio non rem, id eſt, fundum, verbi gratia, ſed heredem ſequitur *l.* 1. §. 16. *D. Ad Senatuſconſultum Trebellianum.* deinde vereri quis poſſit, ne actiones quoque quæ defuncti fuerint adverſus alios, eo legato non contineantur: quia in rebus non computantur actiones *l.* 92. *pr. &* §. 1. *D. de legatis lib.* 3. *& d. l.* 1. §. 16. *D. Ad Senatuſconſultum Trebellianum*; licet in bonis maxime numerentur *l.* 49. *D. de verborum ſignificatione.* Habes quærendi cauſam. ſequitur Venuleji definitio. in qua ne quem turbet diſputandi forma, obſervandus eſt mos Veterum: ea attingentium, de quibus poſſet ambigi: cætera quæ non procul certo eſſent, relinquentium tacito lectoris intellectui. Sed hoc in præſentiarum oſtendet tenor loci. Ait Venulejus. *Nihil intereſſe*, *utrum quis* bonorum, *an* rerum *tertiæ partis uſumfructum legaverit.* Et addit rationem. *Nam ſi* bonorum *uſusfructus legabitur*, *etiam æs alienum deducetur.* Significat Venulejus, ſi vir uxori, verbi gratia legat uſumfructum tertiæ partis *bonorum*, uxori quidem actionum quæ defuncto adverſus alios competierint, uſumfructum deberi: quia eæ actiones procul dubio in defuncti bonis fuerunt *l.* 49. *D. de verborum ſignificatione:* ſed quibus aliis tenebatur defunctus, eas negat Venulejus ad uſumfructum pertinere: quippe cum verum ſit, nil fuiſſe in defuncti bonis; niſi quod deducto ære alieno ſupereſt *l.* 39. §. 1. *& l.* 83. *D. eod. tit.* Quod ſi eſt; optima ratione huc decurrit Venulejus: ut in propoſito demum ejus quod detracto alieno ære ſupererit, legatum eſſe uſumfructum exiſtimet. idque & Pomponio placet *l.* 69. *D. Ad legem Falcidiam.* Sic, ſi *bona* dixerit teſtator. Sed quid, ſi *res* dixerit? idem cenſet Venulejus verbis ſequentibus. *Et* ſi rerum, *quod in actionibus erit*, *computabitur.* Sic lego; Senſus Venuleji eſt: Si *res* dixerit teſtator, etſi actiones quibus aliis tenebatur, non ſpectent ad *rerum* uſumfructum, quia non magis in ejus rebus, quam in ejus bonis fuere: tamen actionum quas adverſus alios habuit, uſusfructus debetur: quia, cum res ſuas legat teſtator, æque ac ſi *bona ſua* dicat, univerſitatem indicat *l.* 14. §. 5. 6. 7. 8. *& l.* 15. *&* 16. *D. Ad Senatuſconſultum Trebellianum.* At enim, inquies, ſi legata *bonorum* aut *rerum* parte, legata videtur univerſitas; quid refert, utrum ab aliis fuerit defuncto debitum, an ipſe aliis debuerit? cum utique univerſitas tam incommoda, quam commoda Civili Jure complectatur *d. l.* 1. *& d. l.* 3. *D. de bonorum poſſeſſionibus*, *& d. l.* 2. & 3. *D. de ſententiam paſſis & reſtitutis.* Sed jam in anteceſſum monui, ubi univerſitas legatur, legatarium numquam de defuncti ære alieno teneri. Ita; ſi uxori legatus a viro ſit uſusfructus tertiæ partis vel *bonorum* vel *rerum.* At quid, ſi legatus ei ſit uſusfructus non tertiæ partis *bonorum*, neque tertiæ partis *rerum*, ſed *certarum rerum?* quæ eſt poſtrema ſpecies *d. l. ult. D. de uſu &*

uſu-

uſufructu legato. Ait Venulejus, *Non idem obſervabitur*. Et recte: quia uxor jam non modo non tenetur de defuncti ære alieno; ſed ne actionum quidem quæ defuncti adverſus alios fuere, uſumfructum habet: quia certarum rerum appellatione non continentur actiones: ut apparet ex ſpecie & definitione *l. 92. pr. & §. 1. D. de legatis lib. 3. & l. 1. §. 16. D. Ad Senatuſconſultum Trebellianum*. igitur veriſſimum eſt, quod Venulejus ait, *Nihil intereſſe*, *utrum* bonorum *quis*, *an* rerum *tertiæ partis uſumfructum legaverit. nam ſi* bonorum *uſusfructus legabitur*, *etiam æs alienum deducetur*: id eſt, ſi *bonorum* uſusfructus legabitur, æque deducetur æs alienum, ac cum *rerum* legatur uſusfructus: *& ſi* rerum; *quod in actionibus erit*, *computabitur*: id eſt, & ſi legatus ſit *rerum* uſusfructus; non minus quod in actionibus erit, computabitur; quam cum legatus eſt *bonorum* uſusfructus. *at ſi* certarum rerum *uſusfructus legatus erit*; *non idem obſervabitur*: id eſt, quod in actionibus erit, non computabitur.

Ut in viam redeam: apparet, quod legato omnium bonorum uſufructu, perinde omnium rerum, quæ in teſtatoris bonis ſunt, legatus intelligitur uſusfructus, ac ſi ſingularum ſpecierum, quæ in ejus bonis ſunt, uſusfructus legatus eſſet: quia ſub genere ſingulas ejus ſpecies contineri, verum eſt. Et tamen eſt aliqua (quam Julianus obſervat *l. 34. §. ult. D. de uſufructu*) differentia; utrum univerſorum bonorum, an ſingularum rerum quæ in bonis ſint, uſusfructus legetur. nam qui ſpecialiter legat ædium uſumfructum, legat eum qui ex ædibus in ſpecie percipiatur: & ideo, ſi extent ædes, poteſt legatarius ædium uſumfructum petere: ſin incendio combuſtæ ſint, tantum area ſuperſit: neque ædium uſumfructum petere poteſt, quia nullæ ſunt quarum legatus uſusfructus eſt: neque areæ uſumfructum petere poteſt, quia non eſt legatus. longe aliter, ac ſi legatus ſit omnium bonorum uſusfructus. tum enim, ſi incendio perierint ædes, quæ in bonis fuerint, etſi ædium uſusfructus peti nequeat; quia ædes eſſe deſierunt: poteſt tamen areæ uſusfructus peti; quoniam qui bonorum ſuorum uſumfructum legat, non ſolum eorum quæ in ſpecie ſunt, ſed & omnis ſubſtantiæ uſumfructum legat: in ſubſtantia autem bonorum eſt area.

Poteſt igitur legari omnium bonorum uſusfructus. nec eſt dubium: quin eo legato contineatur uſusfructus bonorum omnium præſentium. De futuris quæri poteſt? ſed mihi videtur, eo legato uſusfructus bonorum præſentium, non futurorum, comprehendi: quando hæc verba, *meorum bonorum*, ſi nihil addatur, in ſermone tempus præſens, non futurum, indigitant. videtur igitur teſtator ea formula legaſſe uſumfructum bonorum quæ ejus erant tunc, cum teſtaretur: non eorum quæ tum nondum erant ejus. ita Paulus *l. 7. D. de auro argento mundo*. Verba Pauli. *Si ita eſſet legatum*, Veſtem meam, argentum meum, damnas eſto dare: *id legatum videtur*, *quod teſtamenti tempore fuiſſet*: *quia præſens tempus ſemper intelligeretur*, *ſi aliud comprehenſum non eſſet. nam cum dicit*, Veſtem meam, argentum meum: *hac demonſtratione* meum *præſens*, *non futurum tempus oſtendit. idem eſt*, *etſi quis ita legaverit*, ſervos meos. Sic Paulus: eodemque modo Scævola *l. 41. §. 4. D. de legat. lib. 3*. Non me confundit *l. ult. C. Quæ res pignori obligari poſſunt*. nam is locus loquitur de generali pignore: quo ſolita ſunt obligari bona omnia, cum præſentia, tum futura *l. 15. §. 1. D. de pignoribus*, *& l. ult. C. de remiſſione pignoris*. hoc vero quod eſt fieri ſolitum, pro facto haberi, facile leges ſinunt *l. ult. C. de fidejuſſoribus*, *l. 31. §. 20. D. de Ædilitio Edicto*. at noſtra diſputatio eſt de legato uſufructu omnium bonorum: in quo ea ceſſat interpretatio: quia nemo facile legat omnia bona; & ſi legat omnia præſentia, non utique legat futura. quod igitur non eſt ſolitum fieri, hoc nec factum eſſe credendum eſt.

Occurrit hic & alius tractatus qui eſt Florentini in his verbis *l. 42. §. 1. D. de uſufructu*. *Rerum: an æſtimationis uſusfructus tibi legetur, intereſt. nam ſi quidem rerum legetur, deducto eo, quod præterea tibi legatum eſt*, [*ex*] *reliquis bonis uſumfructum feres: ſin autem æſtimationis* [*uſusfructus*] *legatus eſt*, *id quoque æſtimabitur*, *quod præterea tibi legatum eſt. Nam ſæpius idem legando, non ampliat teſtator legatum: re autem legata, etiam æſtimationem ejus legando, ampliare legatum poſſumus*. Valde obſcurus eſt hic Florentini locus. ſed ut intelligatur, duo ſunt fingendi caſus. prior talis eſt: Teſtator cum alicui legaſſet uſumfructum omnium ſuarum rerum: deinde ei legavit proprietatem certi fundi. alter caſus eſt: Teſtator juſſit, omnes res ſuas æſtimari; ejuſque æſtimationis uſumfructum dari Titio: ſimul legavit ei proprietatem fundi certi. ait Florentinus, intereſſe inter utramque legati formam. nam ſi legatus ſit uſusfructus rerum, & proprietas fundi certi: deducendum ex legato uſusfructus eſſe id cujus proprietas nominatim legata eſt: quia re ſua frui nemo poteſt. eo igitur caſu habebit, ex Florentini ſententia, fructuarius fundi proprietatem, cæterarum rerum uſumfructum. aliter ac cum, æſtimatis omnibus bonis, teſtator legavit uſumfructum æſtimationis: nam tum æſtimabitur quoque fundus cujus legata eſt proprietas; nec minus ejus, quam reliquarum rerum, uſusfructus ad legatarium pertinebit. aliquis dicat, obſtare huic explicationi: quod videtur legatarius ſic idem bis accipere: primum fundi proprietatem; deinde uſumfructum æſtimationis ejus. ſed non eſt hoc periculum, ſi Florentino credimus. non enim, inquit, bis idem accipit legatarius. magis auctum eſt legatum proprietatis per legatum æſtimationis uſumfructum. id vero eo facilius fuit recipiendum: quia placuit, æſtimationem rei poſſe legari ei cui legata res eſt *l. 21. §. 1. D. de legatis lib. 3. & l. 34. §. 1. 2. 3. D. de legatis lib. 1*. Sic mihi videtur;

Explicit. Liber I. De Uſufructu.

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

DE

USUFRUCTU

LIBER SECUNDUS.

CAPUT I.

De modis uſumfructum conſtituendi Jure Civili: & primum de legato.

Superiore libro tradidi, quid ſit uſusfructus, & quid ſit juris fructuarii in re fructuaria. ſequente tradam modos quibus conſtituatur & finiatur uſusfructus. nec ſilebo remedia, ad tuendum eum pertinentia. initium faciam a modis quibus uſusfructus conſtituitur. tales fuerunt jure Pandectarum duo: voluntas domini proprietatis, & Judicis ſententia in judicio familiæ erciſcundæ & communi dividundo. poſtea tertius acceſſit modus, lex. Primæ partes erunt voluntatis domini: qui ut eſt ſuæ rei arbiter; ita quid ni, ſi velit, conſtituat ſuæ rei uſumfructum? conſtituit autem hunc ſua voluntate duobus modis: id eſt, vel legato, vel pactionibus & ſtipulationibus *l. 3. D. de uſufructu*. primum legato *l. 6. D. eod. tit.* quo uſusfructus a proprietate ſeparetur. idque pluribus modis contingere, ait Juſtinianus §. 1. *Inſt. eod. tit.* unus eſt, ſi legatus fuerit uſusfructus: ſic enim fit, ut heres nudam habeat proprietatem, legatarius uſumfructum. alter modus eſt, ſi teſtator fundum legaverit, deducto uſufructu: quo caſu habet legatarius nudam proprietatem, heres uſumfructum. tertius modus eſt, ſi teſtator uni leget uſumfructum, alii fundum deducto uſufructu. nam ſi alii leget fundum, alii uſumfructum ejuſdem fundi: ait Modeſtinus, ſi eo fecit propoſito, ut alter nudam haberet proprietatem; errore labi. oportere enim eum proprietatem deducto uſufructu legare, hoc modo: Titio fundum detracto uſufructu lego: Sejo ejuſdem fundi uſumfructum dato. quod niſi fecerit: uſumfructum inter eos communicari: quod interdum plus valet ſcriptura, quam peractum ſit *l. 19. D. de uſu, & uſufructu legato.* Præter ſuperiores modos, occurrit adhuc alius modus, idem, ut mihi videtur, inventus ſubtilitate & diligentia Proculi, in his Pomponii verbis ex *l. 19. D. de uſufructu. Proculus putat, inſulam poſſe ita legari, ut ei ſervitus imponatur, quæ alteri inſulæ hereditariæ debeatur, hoc modo: Si ille heredi meo promiſerit, per ſe non fore, quo altius ea ædificia tollantur, tum [ei] eorum ædificiorum uſumfructum do lego. vel ſic: ædium illarum, quoad altius, quam [uti] nunc ſunt, ædificatæ non erunt, illi uſumfructum do lego.* Corruptum eſſe hunc Pomponii locum, & egere emendationis, credidit Antonius Faber, *Rationalib.* Sed mihi non perſuadet Vir ille ingenioſiſſimus aut ſcripturæ vitium, aut ſuam correctionem. quamquam obſcurum eſſe Pomponii locum, non inficior. fiet clarior: intelligentibus Proculi propoſitum: quod eſt indicare, quemadmodum inſula poſſit ita legari: ut ei imponatur ſervitus adquirenda alteri inſulæ hereditariæ. non opus probari Proculi propoſitum. id perſpicue intelligitur ipſius Pomponii verbis. igitur ut poſſit legatarius cogi ad tradendam heredi legatarum ædium ſervitutem: ait Pomponius, Proculum inveniſſe duas formulas. Prior oſtendit, quod dixi, facile impetrari: ſi teſtator legatario inſulæ quam ei legat, & vult ſervire inſulæ hereditariæ, uſumfructum leget ſub conditione præſtandæ cautionis per quam ſervitus alteri inſulæ hereditariæ conſtituatur. & recte: ſic enim legatario proprietas legatur pure; uſusfructus ſub conditione. nec interim permittit teſtator, legatarium habere inſulæ poteſtatem, ante quam heredi tradiderit ſervitutem. nam remedio cautionis induci quaſi traditionem ſervitutis, ſequente oſtendam capite. donec igitur illa præſtetur cautio; erit uſusfructus apud heredem a proprietate ſeparatus. Altera ſormula ſuadet, uſumfructum inſulæ legatario a teſtatore legari ad certam conditionem. nempe ut, ſi legatarius non patiatur, heredem uti ſervitute: ad heredem redeat uſusfructus, nuda proprietate apud legatarium remanente. Atque hoc convenit formæ uſusfructus ex regulis Juris; ut apparet ex *l. 4. D. de uſufructu:* etſi in proprietate legata non potuerit fieri ante *l. ult. C. de legatis:* quia ante eam non poterat legari temporalis proprietas.

Poteſt igitur uſusfructus conſtitui legato: ſive fiat per damnationem, ut, Damnas eſto heres illi dare uſumfructum fundi; vel, Heredem meum dare jubeo: ſive per vindicationem, ut hoc modo, Do lego uſumfructum fundi; vel, capito, ſumito, tibique habeto.

me-

meminit harum ſormularum Ulpianus, *in Fragm. tit.* 24. Eſt vero Jure vetere (novo enim ſublata a Juſtiniano eſt ea ſubtilitas §. 2. *Inſt. de legatis*, & *l.* 1. *C. Communia de legatis*) manifeſta utriuſque formulæ differentia. nam ſi per vindicationem legetur uſusfructus, ipſo jure conſtituitur: ſin per damnationem, ab herede præſtabitur: ut Paulus ait, *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 17. videtur porro per heredem præſtari uſusfructus: ſi legatarium in fundum induxerit; eumve uti frui patiatur *l.* 3. *D. de uſufructu.* quod ſi non faciat: legatario quidem ad præſtandum uſumfructum tenetur actione ex teſtamento, quaſi ex contractu nata obligatione *l.* 2. *D. Si uſusfructus petetur:* at interim confeſſoria in rem actio ei non dabitur. aliter ac ſi uſusfructus per vindicationem ſit legatus. tum enim ipſo jure conſtitutus, etiam poteſt a fructuario vindicari. itaque accipiendus Julianus *l.* 10. *D. de uſu & uſufructu legato*, & Ulpianus *l.* 34. §. 14. *D. de legatis lib.* 1.

Conſtituitur igitur uſusfructus legato. an & fideicommiſſo? non puto: utique ipſo Jure. quia fideicommiſſum non ex rigore Juris Civilis proficiſcitur: ſed datur ex voluntate relinquentis: ut Ulpianus ait *tit.* 25. *in Fragm.* Jure igitur Civili per fideicommiſſum non conſtituitur uſusfructus: Lege Duodecim Tabularum in teſtamentis tantum approbante verba directa & imperativa, non etiam precaria, qualia ſunt fideicommiſſi. & tamen nil vetat, poſtquam recepta ſunt fideicommiſſa, uſumfructum ex fideicommiſſo ſervari Jure Prætorio. adeo ſi quis rogatus ſit alii reſtituere legatum ſibi uſumfructum; adverſus eum tantum competet fideicommiſſario extraordinaria perſecutio ad hoc, ut ei tradat uſumfructum: manebitque hoc caſu quidem apud legatarium jus uſusfructus, hoc eſt, dominium uſusfructus; poſſeſſio autem ejus ad fideicommiſſarium Jure Prætorio transferetur *l.* 3. *D. Si uſusfructus petetur*, *l.* 29. *D. de uſu & uſufructu legato.*

Hæc de genere legandi. quod ad verba attinet: parum refert, quibus utatur teſtator: modo ſint ad exprimendam ejus voluntatem idonea. ſic nulla eſt dubitatio, ſi dicat, ſe legare uſumfructum. ſed quid, ſi non integro utatur verbo, ſed parte? ut, ſi leget fructum; aut fructum deducto uſu; aut uſum ſine fructu; aut legato primum fructu, deinde uſum adimat? tractat hæc pluribus Ulpianus *l.* 14. §. 1. *D. de uſu & habitatione:* ſed obſcurius, quam ut diſſimulari debeat. igitur ipſa apponam ejus verba. ea verba ſunt. *Uſusfructus, an fructus legetur, nihil intereſt: nam fructui & uſus ineſt: uſui fructus deeſt. & fructus quidem ſine uſu eſſe non poteſt: uſus ſine fructu poteſt. denique ſi tibi fructus, deducto uſu, legatus ſit: inutile eſſe legatum, Pomponius lib.* 5. *ad Sabinum ſcribit. &, ſi forte, uſufructu legato, fructus adimatur, totum videri ademptum ſcribit. Sed, ſi fructus ſine uſu: videri conſtitutum, qui & ab initio conſtitui poteſt. Sed ſi, fructu legato, uſus adimatur: Ariſto ſcribit, nullam eſſe ademptionem. Quæ ſententia benignior eſt.* Senſus Ulpiani eſt, Legatarium partim fructum, partim uſum habere: non modo, cum uſusfructus; ſed etiam, cum fructus datur. proinde utrum uſusfructus, an fructus legetur, nihil intereſſe; quia ut non fiat uſus mentio, ubi fructus legatur: tamen fructui ineſt uſus: non quidem ex verbi proprietate: (nam ea uſus a fructu diſtinguitur) ſed ex ſententia teſtatoris: qui legans fundi fructum, non intelligitur eo verbo legare fructum liberum atque infinitum: (qui, ut alibi dixi, proprietatem abſolvit; rectiuſque fundus, quam fundi fructus dicitur) ſed videtur eo verbo, quaſi breviore ſermone, uſumfructum deſignaſſe. atque huc quoque intendit Florentinus *l.* 42. *D. de uſufructu* ſequentibus verbis. *Si alii uſus, alii fructus ejuſdem rei legetur, id percipiet fructuarius, quod uſuario ſupererit: nec minus* [&] *ipſe fruendi cauſa & uſum habebit.* Igitur teſtator cum ſimpliciter dixit, *fructum fundi do lego*; etſi palam non dederit uſum; tamen quia eum palam non inhibuit, tacite dediſſe videtur. idque Paulus confirmat *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. Quid, ſi teſtator ei cui fructum conſtituit, uſum neget? ut ſi leget fundi fructum, deducto uſu? valebitne fructus ſine uſu? movet, quod ſi uſus ſine fructu legetur: valet legatum nudi uſus. igitur ſi detur nudus fructus ſine uſu, cur non valebit legatum nudi fructus, evidente teſtatoris voluntate? Sed ne huc flectamus. nam teſtator, ſi fructum legat ſine uſu, neque eſt hoc animo, ut legatario det dominium, ſibi contradicere videtur. fructus enim infinitus & liber quem ſe dare profitetur, eſt dominium, id eſt, jus pro arbitratu diſponendi, quod non vult teſtator dare. igitur ſi dat fructum, deducto uſu: nihil dare intelligitur. aliter ac ſi leget uſum ſine fructu. tum enim valet legatum: quia poteſt habere exitum. poterit enim legatarius uti ad neceſſitatem; etſi non poſſit frui ad compendium. & hoc Ulpianus vult in *d. l.* 14. §. 1. ſic ſcribens. *Et fructus quidem ſine uſu eſſe non poteſt: uſus ſine fructu poteſt. denique ſi tibi fructus, deducto uſu, legatus eſt, inutile eſſe legatum, Pomponius lib.* 5. *ad Sabinum ſcribit.* Quid, ſi teſtator prius leget uſumfructum, mox adimat fructum? poſſit dubitari. interim fructus appellatione continetur uſus fruendi cauſa. magis igitur eſt; ut legato uſufructu, & mox adempto fructu, totus ademptus videatur uſusfructus: ac ne uſus quidem nudus debeatur. ſcilicet, quia legato uſufructu, erat legatus uſus, non ille qui ſeparatam facit ſervitutem: verum hic qui tantum fruendi cauſa habetur; eoque non ſupereſt ſublato fructu. Huc eunt ſequentia Ulpiani verba *d.* §. 1. *l.* 14. *Et, ſi forte, uſufructu legato, fructus adimatur, totum videri ademptum ſcribit.*

Digitized by Google

bit. Pergit Ulpianus. *Sed, ſi fructus ſine uſu: videri conſtitutum, qui & ab initio conſtitui poteſt.* Sic Florentiæ. at vulgata Accurſii editio habet, *Sed ſi de fructu ſine uſu adimendo ſenſit, quare non dicamus uſum videri conſtitutum qui & ab initio conſtitui poteſt.* Sic vulgata. a qua ſtant Græci, *Baſilic. lib.* 16. *tit.* 1. *pag.* 293. *tom.* 2. & Haloander: præterquam, quod ſic ſcribit, *Sed ſi de fructu ſine uſu ſenſit: uſum videri conſtitutum, quia & initio conſtitui poteſt.* quomodo & Vintimillius edit. hæ vero lectiones ut ſunt pleniores, ita aptum produnt ſenſum: qui in Florentina non eſt. niſi ea ſic reſtituatur. *ſed ſi fructus ſine USUm videri conſtitutum qui* &c: ut ſit, *ſed ſi fructus ſine uſu, uſum videri conſtitutum qui* &c. Hoc primus, quantum recordor, ſuſpicatus eſt Vir illuſtris, Elbertus Leoninus, *lib.* 6. *Emendationum, c.* 10. ingenioſiſſime. idemque incidit deinde Marco Aurelio Galvano, *De uſufructu c.* 21. Senſus eſt, Si legato primum uſufructu, deinde adimatur fructus, ademptum videri totum uſusfructus legatum: prorſus, ut ne uſus quidem debeatur: niſi appareat, fuiſſe teſtatoris mentem; ut fructum quidem adimeret; ſed uſum nudum & a fructu ſeparatum legaret: tum enim pro uſufructu ſubſtituiſſe uſum: quem etiam ab initio ſi voluiſſet conſtituere, potuiſſet conſtituere. Verſus ultimus *d.* §. 1. *l.* 14. talis eſt. *Sed ſi fructu legato, uſus adimatur: Ariſto ſcribit, nullam eſſe ademptionem: quæ ſententia benignior eſt.* Senſus eſt, Si teſtator fructum leget, mox uſum adimat: poſſe metui, ut valeat legatum fructus. nam & ſi fructum leget, deducto uſu: inutile eſſe legatum, ſupra ſcriptum eſt. ſi tamen teſtator non totum tollit uſumfructum; ſed uſum ex uſufructu: poſſe benigne dici, potius eſſe, ut vitietur ademptio uſus, quam ut vitietur legatum uſusfructus: quippe hoc initio conſtitiſſe: & ſi teſtator ex poſtfacto abſtulit ejus partem, quam non poteſt auferre: ſibi contradicere non in legando fructu, ſed in tollendo uſu ex uſufructu. melius igitur & benignius dici, ſalvum eſſe legatum uſusfructus, ſed uſus ademptionem vitiari. aliter ac ſi initio legatus ſit fructus, deducto uſu. tum enim a teſtatore legari fructum ſine uſu qui non poteſt eſſe: ideoque videri eum ſibi contradicere in legando fructu; & totum legatum facere inutile. Expoſitus eſt §. 1. *d. l.* 14. *D. de uſu & habitatione.* ſequitur §. 2. *ejuſdem loci.* verba hæc ſunt. *Uſu legato, ſi eidem fructus legetur, Pomponius ait, confundi eum cum uſu. idem ait, & ſi tibi uſus, mihi fructus legetur, concurrere nos in uſu, me ſolum fructum habiturum.* Senſus prioris verſus eſt, Si cui primum uſus, deinde fructus legetur: Pomponio mutatam videri voluntatem; & uſumfructum pro uſu ſubſtitutum eſſe. etſi enim primum uſus legatus fuerit; utique mox eſt legatus fructus, nec is liber atque infinitus, ſed hic cui uſus ineſt, ut ſupra dixi. unde neceſſe eſt; ut, quod Pomponius ait, alicui legato uſu, ſi eidem fructus legetur; fructus cum uſu confundatur; eoque jam non uſus nudus, ſed uſusfructus legatus intelligatur. Satis de priore verſu. Senſus poſterioris eſt, Si tibi uſus, mihi fructus legetur: utrique legatum eſſe uſum: tibi quidem nudum; mihi autem non nudum, ſed illum qui fructui ineſt. igitur nos in uſu concurrere, fructum ad me dumtaxat pertinere. id enim valet hoc, *me ſolum fructum habiturum.* Supereſt §. *ult. d. l.* 14. *D. de uſu & habitatione.* verba ejus. *Poterit autem apud alium eſſe uſus, apud alium fructus ſine uſu, apud alium proprietas: veluti ſi qui habet fundum, legaverit Titio uſum, mox heres ejus tibi fructum legaverit, vel alio modo conſtituerit.* Ulpianus vult, Si Sempronius habens fundi proprietatem, (hæc enim fundi appellatione venit) ejus uſum leget Titio; mox Sempronii heres tibi leget uſumfructum ejusdem fundi: fieri, ut ejus heres habeat nudam proprietatem; Titius nudum uſum; tu fructum ſine uſu, utique ſeparato a fructu: uſum enim qui fruendi cauſa fructui ineſt, nihilominus te habere, Florentinus ait *l.* 42. *D. de uſufructu.* Secundum hæc igitur etiam explicandum eſſe Ulpianum *l.* 5. §. 2. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat*, alibi oſtendi ex Cujacio *lib.* 13. *Obſerv. c.* 12.

Occurrit & alia difficultas. quid enim, ſi teſtator non uſumfructum, neque fructum leget: ſed fructus annuos? attingit hanc quæſtionem Javolenus *l.* 41. *D. de uſu & uſufructu legato.* Dixerat teſtator, Fructus annuos fundi Corneliani Publio Mævio do lego. quærebatur, quid legatum videretur? ait Javolenus, hoc perinde eſſe accipiendum, ac ſi uſusfructus fundi eſſet legatus; additque, putare ita Labeonem. quia vero idem cenſet Ulpianus lib. XVIII Ad Sabinum, ex quo deſumpta eſt *l.* 20. *D. de uſufructu*, facile mihi perſuadeo, in hoc conſenſiſſe auctores utriusque ſectæ: etſi non ob vim verbi; (nam proprietatem quærentibus, *fructus* magis fructuum corpora, quam jus eos percipiendi, id eſt, uſumfructum ſignificant *l.* 43. *D. de evictionibus*) ſed quod illa interpretatio conveniret menti teſtatoris: qui ubi dixit, Fructus annuos fundi do lego, fecit legatario poteſtatem ex fundo percipiendi fructus annuos. qui autem poteſt quid facere in alieno, aut inde percipere, invito domino; huic conſtituta eſt ſervitus *l.* 15. §. 1. *D. de ſervitutibus:* ſi quidem ad uſum prædii, realis: ſin ad perſonæ neceſſitatem aut compendium, uſus vel uſusfructus. Hoc, ſi teſtator fructus fundi annuos legavit his verbis, do lego: id eſt, per vindicationem. at ſi eos legavit per damnationem, hoc modo, Fundi Æbutiani reditus uxori meæ, quoad vivat, dari volo: quæ eſt ſpecies *l.* 38. *D. de uſu & uſufructu legato:* non videtur legaſſe uſumfructum, id eſt, jus fructus aut reditus ex fundo quotannis percipiendi;

piendi;

piendi; ſed corpora fructuum quotannis naſciturorum. non enim voluit, uxorem quotannis reditus ſuo jure percipere, eumque in finem in fundo quod oportet, facere: (quod eſt proprium fructuarii) contra voluit, heredem habere fundi arbitrium; ex eoque fructus producere, ac productos percipere, & perceptorum dominum eſſe: ſed uxorem demum perceptos ab herede petere actione ex teſtamento. uſusfructus autem non eſt jus petendi reditus ab herede: ſed jus utendi fruendi re aliena. putat igitur Scævola *d. l.* 38, tale legatum diſtare a legato uſufructu. Tamen nec hoc caret ſcrupulo, propter *l.* 58. §. 1. *D. de uſufructu.* dixerat ibi teſtator, *Sempronio do lego ex redactu oleris & porrinæ quæ habeo in agro Farrariorum, partem ſextam.* ita Florentiæ. alibi extat, *ex reditu.* ſed juſtam eſſe Florentinam lectionem, ſuo more, id eſt, erudite oſtendit Excellentiſſimus Juriſconſultus, Cornelius van Bynckershoek, Supremæ Curiæ Hollandiæ, Zelandiæ & Friſiæ Senator Ampliſſimus *lib.* 1. *Obſerv. c.* 25, eo nomine jure laudatus a V. Cl. Carolo Andrea Dukero, *Animadverſionibus ad Opuſcula Varia de Latinitate Veterum Juriſconſultorum, pag.* 391. Dixerat igitur teſtator, Do lego ex redactu oleris & porrinæ quæ habeo in agro Farrariorum, partem ſextam. eis vero verbis, etſi non ſint damnationis, ſed vindicationis, ait Scævola, non uſumfructum legatum, ſed ex eo quod redactum erit, legatam partem ſextam intelligi. Sed videamus: ne obſervet Scævola, quod non dixit teſtator, Do lego fructuum partem ſextam: ſed Do lego ex redactu oleris & porrinæ, quæ habeo in agro Farrariorum, partem ſextam. referre autem; utrum per vindicationem leget fructuum partem; an partem ex redactu fructuum. nam cum per vindicationem legat partem fructuum: legatario facit poteſtatem quotannis partem ſuo jure percipiendi; ſimul agendi omnia ſine quibus illa quotannis percipi nequit. creditur igitur ei dare uſumfructum fundi pro parte. verum cum legat partem ex redactu fructuum; non vult, legatarium quotannis partem jure ſuo percipere; eumque in finem agere omnia ſine quibus percipi nequeant fructus. tantum legat ei ex hoc quod redactum erit, partem ſextam. finit igitur, integrum fundi jus eſſe heredis; eum colere fundum, eum percipere, & redigere fructus: cæterum ex redactu, id eſt, ex eo quod redactum erit, vult demum partem ſextam venire ad legatarium. heredi igitur relinqui integram fundi proprietatem, non ſeparatam uſufructu: ab eoque redacta fructuum corpora dat legatario. quod ab uſufructu remotum eſſe, exiſtimavit Scævola.

Caput II.

Uſumfructum conſtitui pactionibus & ſtipulationibus: at ſequente quaſi traditione. quæ illa ſit? cur inventa? & a quibus?

Sed non tantum teſtamento conſtituitur uſusfructus: verum etiam pactionibus & ſtipulationibus. auctor Gajus *l.* 3. §. 1. *D. de uſufructu:* appellans pactiones quæ ſunt Juris Gentium; cum ſtipulationes ſint Juris Civilis. vix opus moneri, quod Gajus non omnes indigitat Juris Gentium pactiones; ſed dumtaxat ad transferendum dominium idoneas: qualis eſt emptio & venditio. Illud prætereundum non eſt: quod ut Gajus ait, uſumfructum pactionibus conſtitui: ita Ulpianus *l.* 11. §. 1. *D. de Publiciana in rem actione* ait, eum conſtitui per traditionem vel patientiam. Sed neutrum offendit. nam Gajus reſpexit ad conſtitutionis initium; Ulpianus ad finem; uterque partis demonſtratione integram conſtitutionem eſt complexus. adeo ſic accipiendus *d. l.* 3. §. 1. eſt Gajus; quaſi dicat, uſumfructum conſtitui pactionibus & ſtipulationibus; modo eas inſequatur traditio: Ulpianus *d. l.* 11. §. 1. quaſi velit, uſumfructum conſtitui traditione vel patientia; ſi fiat ex juſta cauſa. interim ſunt duo uſuifructui conſtituendo neceſſaria. primum pactio aut ſtipulatio: deinde traditio. altera eſt cauſa ex qua promittatur uſusfructus: altera eſt modus per quem promiſſus adquiratur. quod ſi tradatur, nulla prævia cauſa ex qua fiat traditio; non tranſit uſusfructus. ſicut numquam nuda traditio transfert dominium: ſed ita, ſi venditio aut aliqua juſta cauſa præceſſerit, propter quam traditio ſequeretur: auctore Ulpiano, *in Fragm. tit.* 19. & Paulo *l.* 31. *D. de adquirendo rerum dominio.* vice quoque verſa, ſi pactione aut ſtipulatione promittatur uſusfructus: non habet is cui promittitur, actionem confeſſoriam in rem, quaſi adquiſita ſervitute. tantum habet actionem in perſonam promiſſoris: eo quod effectus pactionis & ſtipulationis eſt, parere obligationem: cujus ſubſtantia non conſiſtit in hoc; ut aliquod corpus noſtrum, aut aliquam ſervitutem noſtram faciat; ſed ut perſonam nobis adſtringat ad aliquid dandum vel faciendum vel præſtandum *l.* 3. *D. de obligationibus & actionibus.* igitur ut conſtituatur uſusfructus, non ſufficit nuda traditio, ſed deſideratur inſuper pactio aut ſtipulatio. ſola quoque non ſufficit ſtipulatio aut pactio, ſed præterea requiritur traditio.

Ea qualis? nam proprie traditur res corporalis §. 40. *Inſt. de rerum diviſione:* quæ ſola tenetur ac poſſidetur *l.* 3. *D. de adquirenda poſſeſſione.* res incorporalis proprie non traditur *l.* 43. *D. de adquirendo rerum dominio:* quia proprie non poſſidetur res non corpore,

 ſed

ſed intellectu conſiſtens. igitur non eſt quærenda in conſtituendo uſufructu naturalis traditio. opus eſt ficta: quam admittat rei incorporalis natura. talem invenerunt Veteres, ut ſolent, adhibito remedio. id remedium eſt cautio qua promittat dominus proprietatis, per ſe non fieri, quo minus ſuo jure utatur fructuarius. primus dedit hoc remedium Labeo. auctor Javolenus *l. 20. D. de ſervitutibus*: cujus *lib. 5. Ex poſterioribus Labeonis* verba hæc ſunt. *Quotiens via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat eſſe Labeo, per te non fieri, quo minus eo jure uti poſſit: quia nulla ejuſmodi juris vacua traditio eſſet.* Sic Labeo. &, opinor, Labeonem ſequutus hac in parte fuit Sabinus. adeo Pomponius *l. 3. §. 2. D. de actionibus empti & venditi*, qui locus eſt ex ejus *lib.* IX. *Ad Sabinum*, ſic ſcribit. *Si iter, actum, viam, aquæductum, per tuum fundum emero, vacuæ poſſeſſionis traditio nulla eſt. itaque cavere debes, per te non fieri, quo minus utar.* cæterum invento a Labeone hoc remedio, ut fit, itum longius a Javoleno, invitante utilitate. placuit certe ei Notis ad Labeonem, nulla eſſe opus cautione: ſi intervenerit uſus fructuarii & patientia domini proprietatis. verba Javoleni, ut dixi, in Notis ad Labeonem in *d. l. 20.* talia ſunt. *Ego puto, uſum ejus juris pro traditione poſſeſſionis accipiendum eſſe. ideoque & interdicta veluti poſſeſſoria conſtituta ſunt.* Nempe, quia cautio quam pro remedio invenerat Labeo, non alio ſpectabat, quam ad præſtandi uſus ſecuritatem: poterat ea videri ſupervacua ex Javoleni obſervatione; ſi fructuarius re fructuaria, domino patiente, frueretur: id eſt, cautionis finem atque effectum obtineret. ita tandem factum: ut (quod Gajus ait *l. 3. §. 1. D. de uſufructu*) traditus intelligatur uſusfructus; ſi dominus proprietatis in fundum inducat fructuarium; eumque patiatur eo uti frui.

Fere oblitus eram, quod de uſusfructus traditione dixi, Prætoris tuitione procedere. nam uſusfructus Jure Civili non ea conſtituitur, ſed ceſſione in jure: ea forma quam tradit Ulpianus *in Fragm. tit. 19. his verbis. In jure ceſſio quoque communis alienatio eſt & mancipi rerum & nec mancipi, quæ fit per tres perſonas in jure cedentes, vindicantes, addicentes. in jure cedit dominus; vindicat ei cui ceditur: addicit Prætor. in jure cedi res etiam incorporales poſſunt, velut uſusfructus.* Sic formam exprimit Ulpianus. plenius aliquanto Boëthius *lib. 3. Comment. in Topica Ciceronis.* verba ejus. *Ceſſio tali fiebat modo, ut ſecundo commentario idem Cajus expoſuit. in jure autem ceſſio fit hoc modo. Apud Magiſtratum populi Romani, vel apud Præſidem provinciæ is cui res in jure ceditur, rem tenens ita vindicat. Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum eſſe ajo. deinde poſtquam hic vindicaverit, Prætor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet: quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit, idque legis actio vocabatur.* Igitur uſusfructus Jure Civili non quaſi traditione, ſed in jure ceſſione, conſtituitur: hæc vero quia neceſſariam habebat ſolemnitatem Prætorem adeundi in jure, ob res qualeſcumque maximas, minimas, tam ex remotis, quam ex propinquis locis, magnis ſæpe impenſis, majoribus difficultatibus: evitandæ ejus moleſtiæ gratia, optima ratione inventa eſt a Juriſconſultis in uſufructu quaſi traditio. interim, ut Ulpianus ait *l. 1. D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur*, ſic traditus quamquam ex juſta cauſa uſusfructus, Jure non conſtituitur, ſed tuitione Prætoris. idque idem vult Ulpianus *l. 1. §. 2. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum*: ſic ſcribens, *Traditio plane & patientia ſervitutium inducet officium Prætoris.* Senſus eſt, traditionem efficere, ut Prætor eam poſſeſſionem, licet impropriam, tamen quaſi veram, tueatur. Et notandum: quod ait, *traditio & patientia*: pariter ut in *l. 11. §. 1. D. de Publiciana in rem actione*: uſumfructum & ſervitutem urbanorum prædiorum *per traditionem conſtitui vel per patientiam* plane ſimili ſenſu: quia *vel* pro *&* accipitur frequente illorum ſeculorum uſu: quem annotavit Salmaſius, *Notis ad Vopiſci Probum, c. 14. pag.* 663. & *ad Capitolinum, Gordiano. c. 7. f. pag.* 88.

Plane cum uſusfructus Jure Civili ceſſione conſtituatur; poſſit aliquis mirari, cur in Pandectis non fiat ceſſionis, ſed traditionis mentio. verum deſinet mirari: intellecto, Imp. Juſtinianum ſuſtuliſſe differentias quæ utroque in modo apud Veteres fuere: cum ſuſtulit differentias rerum mancipi & nec mancipi, item dominii bonitarii & Quiritarii *l. unic. C. de nudo jure Quiritium tollendo.*

Cæterum, ſive legato, ſive pactionibus & ſtipulationibus conſtituatur uſusfructus; ait Paulus *l. 4. D. de uſufructu*, extare, ſive (ut Ulpianus *l. unic. §. 3. D. Quando dies uſusfructus legati cedat* inſit) conſtare, quod uſusfructus poteſt vel præſens, vel ex die dari. Senſus Pauli eſt: quod uſusfructus vel pure dari poteſt, eoque caſu eſt præſens uſusfructus, ut dicitur præſens obligatio *l. 9. D. de rebus creditis*, quæ eſt pura: vel poteſt dari ex certo die; tum vero ante, quam dies venit, non eſt uſusfructus. nempe uſusfructus eſt jus perſonæ, atque ipſum in utendo fruendo, id eſt, in perſonæ facto, conſiſtit *l. 61. §. 1. D. de adquirendo rerum dominio.* proinde ſive legetur, ſive promittatur uſusfructus; ejus dies numquam cedit, antequam fructuarius poſſit uti frui *d. l. unic. pr. & §. 1.* ſed nec cauſa eſt, cur ante cedat dies: quippe cum uſusfructus cum perſona fructuarii finiatur; nec ad ejus heredem transferatur *l. 2. l. 3. & l. 5. D. Quando dies legatorum vel fideicommiſſorum cedat.* Porro priuſquam cedat uſusfructus dies, non eſt uſusfructus: quia ante non eſt qui utatur fruatur. Ita apparet, uſum-

uſumfructum ex die conſtitui: cæterum ante diem conſtitutum, neque fructuario deberi, neque ab eo vindicari: quia ante nullus eſt. At enim ex die conſtituta prædii ſervitus, etiam ante diem ipſo jure exiſtit: & poteſt ipſo jure vindicari *l.* 4. *D. de ſervitutibus*. Verum intereſt, quod prædii ſervitus non eſt perſonæ jus, neque ex perſonæ facto conſiſtit, neque ejus morte finitur; ſed eſt prædii qualitas, ſive jus quod prædio conſtituitur, & prædio inhæret, atque ipſum, non ejus dominum, ſequitur; neque adeo, ut eſſe incipiat, aut adquiratur ex die, deſiderat utentis factum. contra fuit, atque adquiſita eſt ſervitus, ex quo conſtituta eſt; nec poteſt fingi deinde ob diei adjectionem aut non fuiſſe, aut non eſſe prædio adquiſita. Quod ſi ex die conſtituta ſervitus, prædio quæſita eſt ante diem; quæſo, qui poteſt fieri, ne prædii dominus eam ipſo jure vindicet ſtatim; uti vindicat prædium cujus ea ſervitus eſt?

CAPUT III.

Uſumfructum Judicis ſententia conſtitui in judiciis diviſoriis.

Nunc videamus de ſententia Judicis. nam & ea conſtituitur uſusfructus in judicio familiæ erciſcundæ & communi dividundo: ſi Judex alii adjudicaverit proprietatem, alii uſumfructum *l.* 6. §. 1. *D. de uſufructu*. eſt vero ejus adjudicationis effectus: ut uſusfructus ſtatim fiat ejus cui adjudicatus eſt §. *ult. Inſt. de officio Judicis:* cum alioquin dominium aut ſervitus Judicis ſententia declaretur magis, quam conſtituatur *l.* 8. §. 4. *D. Si ſervitus vindicetur.* Verum ſpeciale jus eſt ſententiæ Judicis in judiciis diviſoriis uni proprietatem adjudicantis, alteri uſumfructum: ea enim conſtituitur uſusfructus. Idem eſſe, ſi uni fundum, alteri uſumfructum adjudicaverit Judex, Ulpianus auctor eſt *l.* 6. §. 10. *D. Communi dividundo:* & notandum, eum in *l.* 16. §. 1. *D. Familiæ erciſcundæ* præterea ſcribere ex Juliani ſententia, ſi Judex alii fundum, alii uſumfructum, adjudicaverit; non communicari uſumfructum. Id vero vult, unum nudam habiturum fundi proprietatem, alterum ſolidum ejus uſumfructum. atque hoc quoque ſingulare jus eſt. in legato certe aliter reſpondit Julianus *l.* 6. *D. de uſufructu earum rerum:* ut jam alibi oſtendi.

CAPUT IV.

Uſumfructum etiam lege conſtitui novo Jure.

Hactenus oſtendi uſumfructum Jure Civili conſtitui domini voluntate, & Judicis ſententia in judicio familiæ erciſcundæ & communi dividundo. porro agam de lege: qua novo Jure conſtituitur uſusfructus: cum is modus ante Jure Civili eſſet incognitus. conſtituitur autem lege patri in bonis filii in poteſtate exiſtentis, non omnibus, ſed adventitiis: idque, ut dixi, novo Jure. nam olim quidquid adquirebat filiusfamilias, ejus proprietas pleno jure erat patris in cujus poteſtate erat filius. res nota: & clare Seneca *lib.* 7. *De beneficiis c.* 4. *Omnia patris ſunt quæ in liberorum manu ſunt.* adeo nihil erat tum filiifamilias, niſi jure peculii ex permiſſu patris. De Tiberio, jam arrogato ab Auguſto, Suetonius, *Tiberio c.* 15. *Nec quidquam poſtea pro patrefamilias egit: aut jus quod adoptione amiſerat ex ulla parte retinuit: nam neque donavit, neque manumiſit, nec hereditatem quidem aut legata percepit ulla aliter, quam ut peculio referret accepta.* Una exceptio fuit in caſtrenſi peculio: in quo placuit Principibus, filiumfamilias pro patrefamilias habere. meminit Juvenalis, *ſat.* 16. *verſ.* 52.

— — — *Quæ ſunt parta labore*
Militiæ, placuit non eſſe in corpore cenſus
Omne tenet regimen cujus pater. — — —

Hoc exemplo eſt conſimile jus datum peculio quaſi caſtrenſi *pr. Inſt. Per quas perſonas cuique adquiritur. l. ult. C. de inofficioſo teſtamento.* Præterea eſt eodem exemplo alia, eaque notabilis exceptio in *l.* 50. *D. Ad Senatuſconſultum Trebellianum* Decreto Imperatoris Hadriani, cum deficeret auxilium ordinarii juris, extra ordinem inducta, movente ſingulari ratione. Licetque ei addere exceptionem etiam alteram, receptam benevolentia Reſcripti Divi Pii *l.* 52. *D. de adquirenda vel omittenda hereditate.*

Sic jus fuit uſque ad Conſtantinum. inde mutatum in bonis maternis: quorum dominium vetuit Conſtantinus deinceps adquiri patri. tantum voluit eum, quamdiu vivit, in his habere uſumfructum. extat ea Conſtitutio *l.* 1. *C. de bonis maternis*, & plenior in *l.* 1. *Cod. Theod. eod. tit.* Initium hoc uſusfructus lege conſtituti. longius iverunt Gratianus, Valentinianus & Theodoſius *l.* 6. *Cod. Theod. eod. tit.* quod enim in maternis bonis conſtituerat Conſtantinus, illi traxerunt quoque ad bona materni generis. idemque firmarunt Honorius & Theodoſius *l.* 7. *Cod. Theod. eod. tit.* quæ eſt poſita a Triboniano *l.* 2. *C. eod. tit.* Juſſerunt poſtea Theodoſius & Valentinianus *l.* 1. *C. de bonis quæ liberis*, ſimile jus eſſe in his quæ uxor marito non emancipato, vel maritus uxori in poteſtate poſitæ, quocumque ti-

tulo vel jure conceſſerit, ſive transmiſerit. Juſtinianus *l.* 6. *C. eod. tit.* ne hoc quidem ſtetit fine. nam ſi quis filiusfamilias non ex ſubſtantia ejus cujus in poteſtate ſit, ſed ab aliis ſibi aliqua adquiſierit quibuſcumque ex cauſis, vel ex liberalitate fortunæ, vel laboribus ſuis; ea patri non in plenum, ſicut ante obtinebat, ſed uſque ad uſumfructum ſolum adquirat; & eorum uſusfructus quidem apud patrem cujus in ſacris ſit, permaneat, dominium autem filiofamilias inhæreat, ad exemplum rerum maternarum, & ex nuptialibus cauſis adquiſitarum: exceptis peculiis caſtrenſibus & quaſi caſtrenſibus: quorum nec uſumfructum habere patrem priores leges conceſſere.. cæterum voluit Juſtinianus *d. l.* 6. §. 2. *& l. ult.* §. 4. *C. eod. tit.* ut pater, habens uſumfructum adventitiorum bonorum filii, ſit liber a præſtatione cautionis fructuariæ, itemque a neceſſitate reddendarum rationum, finito uſufructu; habeatque interim liberam fructuariæ rei adminiſtrationem, una dempta alienatione: quod in aliis fructuariis non ita eſſe, in loco dictum eſt. Illud quoque noviter conſtitutum eſt a Juſtiniano *d. l.* 6. §. 3. ut patris, ſi filium ſuum emancipet, niſi privilegio ſpecialiter renuntiet, ſit uſusfructus partis dimidiæ bonorum quæ patri non adquiruntur; cum ex Conſtantini conſtitutione quæ eſt in *l.* 1. *Cod. Theod. de bonis maternis*, ante retineret tertiam proprietatis partem. & tamen hic quoque ab uſufructu excipit Juſtinianus caſtrenſia & quaſi caſtrenſia filii bona *l.* 6. §. 3. imo invenit complures caſus in quibus ne in adventitiis quidem filii bonis uſusfructus patri adquiratur: qui caſus extant *l.* 7. *&* 8. *item auth. Excipitur, & ſeqq. C. de bonis quæ liberis.*

At uſusfructus non patri tantum lege conſtituitur; ſed mulieri quoque, ſi quid acceperit liberalitate prioris mariti, aut ſucceſſione prioris matrimonii, deindeque tranſeat ad ſecundas nuptias, ſuperſtitibus prioris matrimonii liberis. nam viſum Imppp. Gratiano, Valentiniano, & Theodoſio *l.* 3. *C. de ſecundis nuptiis*, proprietatem reverti ad liberos: mulierem habere jus uſusfructus, quamdiu ipſa viva, prioris matrimonii filii vel omnes vel aliqui eorum vivent. quod ſi moriatur ſuperſtitibus liberis; placuit, ea bona ad eos ex æquo redire; non ad certos quos mater eligat. quod ſi nulli ſint liberi, vel eſſe deſinant, illa viva: jam plenam eſſe ejus proprietatem, ut de his pro arbitratu ſuo poſſit ſtatuere.

Similiter ſi moriatur conjux, relictis liberis & inope conjuge: voluit Imp. Juſtinianus, conjugem ei ſuccedere ab inteſtato in partem quartam uſusfructus; ſi quidem ſint liberi tres vel pauciores: in virilem autem portionem; ſi ſint plures. *Auth. præterea C. Unde vir & uxor.*

CAPUT V.

Quibus modis uſusfructus tollatur. & primum de tempore ad quod ſit conſtitutus uſusfructus.

Expoſitis modis quibus conſtituatur uſusfructus: tempus eſt, ut tractem eos quibus tollatur. ne enim in univerſum inutiles eſſent proprietates, ſemper abſcedente uſufructu; placuit, quod Gajus obſervat, eum certis modis exſtingui, & ad proprietatem reverti *l.* 3. §. 2. *D. de uſufructu.* Eos modos enumerat Paulus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 31. verbis ſequentibus. *Uſusfructus amiſſus ad proprietatem recurrit. amittitur autem quinque modis, capitis minutione, rei mutatione, non utendo, in jure ceſſione, dominii comparatione. Et* §. 36. *Finitur uſusfructus aut morte, aut tempore.* Paulus dicit, uſumfructum finiri, vel amitti: finiri duobus modis, morte, aut tempore: amitti quinque, capitis minutione, non utendo, in jure ceſſione, dominii comparatione, & rei mutatione. De ſingulis ſerio agere, animum induxi.

Igitur ait Paulus, tempore (inde enim incipiam) finiri uſumfructum. & exemplum Paulo, ſi legetur ad certum tempus: puta biennium, aut triennium *d.* §. 36, aut in tempus pubertatis *l.* 5. *C. de uſufructu.* idem cenſet Ulpianus *l.* 16. §. 2. *D. Familiæ erciſcundæ*; ſi ſententia Judicis conſtituatur uſusfructus. ait enim, poſſe ex certo tempore, & uſque ad certum tempus, & alternis annis adjudicari. Eſt autem effectus ejus rei hic notabilis: quod uſusfructus ad tempus conſtitutus, elapſo tempore, non exceptione, ſed ipſo jure finitur. Atqui tempus in Jure Civili non eſt modus tollendæ obligationis. meminit hujus Regulæ Paulus *l.* 44. §. 1. *D. de obligationibus & actionibus*, & Pomponius *l.* 55. *D. de legatis lib.* 1. nec alia ratione Papinianus *l.* 4. *D. de ſervitutibus* ſcribit, Servitutes ipſo quidem Jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque ſub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia, quamdiu volam conſtitui poſſe: ſed tamen, ſi hæc adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurri contra placita ſervitutem vindicanti: idque & Sabinum reſpondiſſe, Caſſium retuliſſe, & ſibi placere. Verum ſingularis eſt ratio uſusfructus. nam quotidie conſtituitur, & quotidie finitur. pertinet autem Juris Regula ad res durantes poſt conſtitutum tempus. nam eæ res ſi cœperint deberi, deinde pergunt deberi; donec obligatio ſuis tollatur modis: in quibus non eſt tempus. ſed ea Regula non pertinet ad res deſinentes eſſe poſt conſtitutum tempus. intel-

telligitur enim tempore finiri obligatio: cum veniente tempore, ſupereſt res jam ante deberi cœpta; & nihilominus temporis lapſu deberi deſinit. quæ enim tum eſt cauſa finiendæ obligationis, præter tempus? Atque hoc impedit Juris Regula: nullam temporis vim ſine lege agnoſcens. At ſi res poſt tempus eſſe deſierit ſine debitoris mora aut culpa: tum hac cauſa deſinit Jure Civili deberi: nec reſiſtit Regula; quo minus obligatio ſic ipſo jure pereat tempore: quia non tam tempore finitur, quam interitu rei debitæ. Igitur uſusfructus ad tempus conſtitutus, exiſtente tempore, finitur: non quia ei tempus adfert finem: ſed quia, elapſo tempore, ipſe eſſe deſinit ſine culpa domini proprietatis: eoque deberi deſinit ex Regula Juris: volentis interitu naturali ſpeciei debitæ liberari ſpeciei debitorem. Erit hoc aliquanto clarius: cogitantibus, uſumfructum, ut ut jus ſit, tamen conſiſtere in facto fructus percipientis *l. unic. D. Quando dies legati uſusfructus cedat*: hoc enim eſt, uti frui: ut in loco eſt dictum. porro hodie non ſunt fructus hi qui heri fuerunt, aut cras erunt: nec eſt hodie eorum perceptio ea quæ heri fuit, aut cras erit. ita fit: ut eam perceptionem, id eſt, eum uſumfructum, quotidie finiri, & quotidie conſtitui, magis ſit *l. 1. §. pen. D. de uſufructu accreſcendo.* prorſus ut ad diem conſtituto uſufructu, deinde elapſo die, non debeatur uſusfructus prioris diei, quia eſſe deſiit; neque ſequentis, quia non eſt conſtitutus. ſed & ſi ita legetur uſusfructus, ut alternis annis utatur fructuarius: non unum, ſed plura legata ſunt. aliter atque in ſervitute aquæ & viæ: eſt enim, ut Paulus ait *l. 13. D. de uſu & uſufructu legato*, una viæ ſervitus: & addit Paulus, quia natura ſui habet intermiſſionem. Illud non omittam: quod legato alternis annis uſufructu, plena proprietas ad dominum pertinet, quo tempore non licet fructuario uti frui *l. 2. D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur.* Atque hoc quoque in prædii ſervitute aliter jus eſt: ſive ex pacto habeat intermiſſionem, ſive ex natura ſui. una enim eſt ſervitus, eadem perpetua, & continua, utique jure, licet temporibus ſecernatur ejus uſus *l. 5. §. 1. & l. 14. D. de ſervitutibus.* Sic olim jus fuit mero Civili Jure. ſed id, opinor, & forte ſolus, deinde mutatum fuit in ſervitutibus, poſt decretum Papiniani cujus meminit Paulus *l. 40. D. de rebus creditis*: quo de hic non dicam plura; quia de eo ſumma agam diligentia libro ſingulari ad Edictum, De Pactis & Tranſactionibus capite x, De Pactis adjectis contractibus ſtricti juris: ubi, ſi vacat, & lubet, vide.

Interim putemus, uſumfructum ad certum tempus, vel conditionem conſtitui, & exiſtente tempore vel conditione, finiri ipſo jure: maxime, ſi conſtitutus ſit ad tempus aut conditionem quam ipſe impleat fructuarius. ſed finge, adſcribi conditionem aut tempus quod non ipſe, ſed alius debeat implere, & is deceſſerit: non impleto tempore aut conditione? fuit hic aliqua Veterum hæſitatio quam ſua deciſione ſuſtulit Imp. Juſtinianus in *l. 12. C. de uſufructu*, digna quæ hic & explicetur, & emendetur. verba Imperatoris ſunt. *Ambiguitatem antiqui juris decidentes, ſancimus, ſive quis uxori ſuæ, ſive alii cuicunque uſumfructum reliquerit ſub certo tempore, in quod vel filius ejus, vel quiſquam alius pervenerit, ſtare uſumfructum in annos [ſingulos], in quos teſtator ſtatuit: ſive perſona, de cujus ætate compoſitum eſt, ad eam pervenerit, ſive non. Neque enim ad vitam hominis reſpexit, ſed certa curricula: niſi ipſe, cui uſusfructus legatus ſit, ab hac luce fuerit ſubtractus: tunc etenim ad poſteritatem ejus uſumfructum tranſmitti non eſt [penitus] poſſibile: cum morte uſumfructum penitus extingui, juris indubitati ſit. §. 1. Sin autem talis fuerit inſerta conditio, Donec in furore filius, vel alius quiſquam remanſerit: vel in aliis ſimilibus caſibus, quorum eventus in incerto ſit: ſiquidem reſipuerit filius, vel alius, pro quo hoc dictum eſt, vel conditio extiterit, uſumfructum finiri: ſin autem adhuc is in furore conſtitutus deceſſerit, tunc quaſi in uſufructuarii vitam eo relicto, manere uſumfructum apud eum. Cum enim poſſibile erat uſque ad omne vitæ tempus uſufructuarii non ad ſuam mentem venire furentem, vel conditionem impleri: humaniſſimum eſt, ad vitam eorum uſumfructum extendi. Quemadmodum etenim ſi deceſſerit uſufructuarius ante impletam conditionem, vel furorem finitum, extinguitur uſusfructus: ita humanum eſt extendi eum in uſufructuarii vitam, etſi antea deceſſerit furioſus vel alia conditio defecerit.* In hac lege duo occurrunt caſus. prior talis eſt. Teſtator uxori vel alii legavit uſumfructum ſub certo tempore in quod pervenerit ejus filius: id eſt, donec fiat pubes, verbi gratia. is filius moritur impubes. quæritur; utrum ejus morte extinguatur uſusfructus; an poſt mortem ejus duret ad tempus teſtamento expreſſum? Erant qui putarent, uſumfructum filii morte extingui: quaſi teſtator æque ad filii vitam reſpexerit, atque ad tempus teſtamento expreſſum. adeo perinde eſſe, ac ſi legato inſit conditio; ut, ſi filius deceſſerit ante id tempus, uſusfructus ſtatim extinguatur? juvabatur hæc ſententia eo: quod dies incertus dicitur in teſtamento facere conditionem *l. 75. D. de conditionibus & demonſtrationibus, l. 30. §. 4. D. de legatis lib. 1.* porro incertum eſt, utrum venturus ſit ad pubertatem filius, an non ſit *l. 22. D. Quando dies legatorum, l. 40. §. 2. D. de conditionibus & demonſtrationibus,* credebatur igitur teſtator adjeciſſe tempus pubertatis, ut longiſſimum duraturi uſusfructus ſpatium. prorſus ut ſi ante moriatur filius: ante extinguatur uſusfructus. eratque hoc eo probabilius, quod ſi aliter interpretemur, poſſit metui: ne numquam finiatur uſusfruc-

tus; numquam perventuro ad annos pubertatis filio qui eſt mortuus *d. l.* 22. Hoc pro illa ſententia. Sed contra placuit Juſtiniano *d. l.* 12, hunc uſumſructum, etiam mortuo filio, ſtare in annos in quos teſtator ſtatuit; quaſi is non tam reſpexerit ad filii vitam, quam ad tempus teſtamento expreſſum. judicavit igitur Imperator, uſumfructum in propoſito magis pure eſſe relictum, quam ſub conditione; tempuſque eo fruendi demum finiri pubertate filii. atque ita eſt: teſtator legans uſumfructum, donec filius veniat ad certam ætatem, puta, pubertatem, non reſpexit ad incertum vitæ filii, ſed ad certa curricula, id eſt, ad certum annorum numerum a filio implendum, non ut incipiat uſusfructus, ſed ut finiatur. igitur ſi vivat filius ad id tempus: finietur uſusfructus. ſi non vivat filius ad id tempus: durabit ad id tempus uſusfructus, quaſi nondum exiſtente conditione qua finiatur. At enim dies incertus in teſtamento facit conditionem. Novi: ſed non eſt incertus dies omnino extiturus anno quarto & decimo a natali filii. nec interim inficior, incertum eſſe tenorem atque exitum vitæ filii: incerto, an veniente illo die ſit victurus. at hoc quid facit ad rem præſentem? ubi legatus eſt uſusfructus: non dum vixerit filius ad annum decimum quartum: ſed donec erit quatuordecim annorum. idque perinde valet, quaſi dixerit teſtator: Do lego tibi uſumfructum ad tot annos, quot filio deſunt, ut pubes fiat. quod ſi eſt: non reſpicit teſtator ad hominis vitam quam neceſſe ſit durare, ut valeat uſusfructus: ſed ad certa annorum curricula quibus impletis demum finiatur uſusfructus. At legatum, cum filius pervenerit ad annum quartum & decimum, conditionale eſſe dicitur locis ante allatis. Niſi refert, quod illis adjectum tempus eſt pro termino a quo incipiat legatum eſſe: quod tempus conditionem facit. ſed in propoſito adjectus eſt dies pro termino ad quem durare debeat uſusfructus: qui terminus eſt legati pure relicti. datus igitur hoc in caſu eſt uſusfructus pure; & adjectus ei dies, tantum pertinet ad finiendum uſumfructum. ita videtur uſusfructus, propter ejus diei adjectionem, magis ſub conditione reſolvi, quam ſub conditione relinqui. Poſtremo non obſtat: quod poſſit metui; ne aliquando non extinguatur uſusfructus. Non enim datus eſt ad vitam filii quatuordecim annos nati & tum ſuperſtitis: ſed ad eam ætatem filii, ſive mortui, ſive ſuperſtitis. Hæc pro Juſtiniani ſententia. Excipit tamen is Imperator in *d. l.* 12. *Niſi ipſe cui uſusfructus legatus ſit, ab hac luce fuerit ſubtractus: quia tunc ad poſteritatem ejus tranſmitti uſumfructum non eſt penitus poſſibile.* Satis clare. niſi nubeculam obtenderet Scævola *l.* 35. *D. de uſu & uſufructu legato*, verbis ſequentibus. *Uxori uſumfructum villæ legavit in quinquennium a die mortis ſuæ: deinde hæc verba adjecit, & peracto quinquennio, cum ejus uſusfructus eſſe deſierit, tunc eum fundum illi & illi libertis dari volo. Quæſitum eſt, cum uxor intra quinquennium deceſſerit, an libertis proprietatis petitio jam, an vero impleto quinquennio competat: quia peracto quinquennio teſtator proprietatem legaverat? Reſpondit, poſt completum quinquenium fundum ad libertos pertinere.* Sed tenuis illa nubes; ac facile tranſmiſſura lucem: animadverſo, aliam eſſe Scævolæ, quam Imperatoris, ſpeciem. ſane apud Scævolam teſtator uxori legavit uſumfructum villæ in quinquennium continuum, numerandum a die mortis ſuæ; & adjecit, *Et peracto quinquennio, cum ejus uſusfructus eſſe deſierit, tunc eum fundum illi & illi libertis dari volo.* Quæritur; an mortua intra quinquennium uxore, fundus debeat libertis ſtatim reſtitui? negat Scævola: quia libertis fundus eſt relictus ex die. exſpectanda igitur eſt dies; ſed poſtrema quinquennii: quam ſignificat adjecta vocula *tunc:* ut apparet ex *l.* 4. §. 1. *D. de conditionibus & demonſtrationibus.* fundus igitur ex ſententia Scævolæ, niſi completa poſtrema quinquennii die, ad libertos non pertinet: id eſt, fundus ex fideicommiſſo eis non debetur, niſi tranſacto quinquennio: & interim heredis eſt pleno jure. Tantum de priore caſu *d. l.* 12. *C. de uſufructu.*

Sequitur alter ex §. 1. *ejuſdem legis.* eſt autem talis. Pater habens filium furioſum, Titio legavit uſumfructum fundi, Donec remanſerit filius in furore. is filius moritur in furore. quæritur, an uſusfructus finiatur morte filii? quæſtio ea vertitur: quod reliquerat pater uſumfructum, Donec filius fureret. at mortuus filius, qui eſſe deſiit, quomodo adhuc furere videri poteſt? finitur igitur uſusfructus morte filii: perinde ac ſi convaluerit filius. contra poterat dici, uſumſructum non extingui filii morte. primum, quia in furore mortuus, non poteſt dici deſiiſſe furere. deinde teſtator legans alicui uſumfructum, Donec in furore erit filius, videtur velle, uſumfructum eſſe apud Titium: niſi ſi convaleſcat filius. proinde, ſanato filio, finietur uſusfructus voluntate teſtatoris: non ſanato, non finietur; ne ſi moriatur quidem: quia non id voluit teſtator; & eſt natura uſusfructus; ut duret ad vitam fructuarii: niſi ei brevius præſcribatur tempus. quod in propoſito non eſt. id eo fortaſſe verius dicatur: quia ſimile quid in legatis alimentis: quæ perpetua ſunt, niſi quod eis ſit præſtitutum tempus *l.* 14. *D. de alimentis legatis.* ita ſi legata ſint libertis alimenta, quoad morati erunt cum Claudio Juſto, debebuntur eis alimenta, non modo vivo Claudio Juſto, ſed etiam mortuo *l.* 13. §. 1. *D. eod. tit.* Atque hanc ſententiam ſequutus eſt Imp. Juſtinianus *d. l.* 12. §. 1. *Sin autem,* inquiens, *adhuc in furore conſtitutus deceſſerit, tunc quaſi iu uſufructuarii vitam eo relicto, manere uſumfructum apud eum.* Et cauſatur Impe-

perator, hanc ſententiam eſſe humaniſſimam, propter incertum reſipiſcentiæ, furioſo ſæpe numquam contingentis vivo fructuario. nam ſicut æquum eſt, uſumfructum ex voto teſtatoris ea in ſpecie durare ad vitam fructuarii: ita putat Imperator, convenire ejus voluntati, uſumfructum, etiam mortuo in furore filio, durare ad fructuarii vitam. ad hanc Imperatoris rationem accedit altera: quod quemadmodum moriente uſufructuario ante finitum furorem, finitur uſusfructus: ita viciſſim putat Imperator, oportere eum, moriente furioſo ante, quam reſipuerit, apud fructuarium manere. Sic mihi videtur: & ideo in *d. l.* 12. §. 1. pro, *Quemadmodum* etenim *ſi deceſſerit*, quomodo omnes habent codices, reponendum eſſe, *quemadmodum* etiam *ſi deceſſerit*. ita enim planus fit ſenſus, qui alioquin eſt impeditus. video quoque, illa verba, *etiam* & *enim* vel *etenim*, aliquoties alterius locum occupare in libris Juris noſtri. idque jam annotavi libro, *De forma emendandi doli mali*, *c.* VII. Cæterum quod in *d. l.* 12. §. 1. definivit Juſtinianus, idem olim ſenſit Scævola *l.* 32. §. 6. *D. de uſu & uſufructu legato: Niſi* (hanc addit exceptionem) *manifeſtiſſime probetur*, *aliud teſtatorem ſenſiſſe*. optime: eſt enim Juſtiniani deciſioni locus in dubio; nec opus interpretatione: clara & certa voluntate teſtatoris.

Fuit & alia apud Veteres dubitatio: quam attingit & finit Juſtinianus *l.* 14. *C. de uſufructu*. Teſtator Titio legavit fundum, deducto uſufructu: quem juſſit manere apud heredem. In ea ſpecie fuit quæſitum, an valeat uſusfructus? quia poterat dubitari, an finiatur. Erant quibus inutilis eſſe videbatur ſic legatus uſusfructus: eo quod heredis appellatio non tantum ad proximum heredem, ſed ad deinceps quoque heredes refertur *l.* 65. *D. de verborum ſignificatione*, & *l.* 194. *D. de regulis juris*: itaque inutilis erit proprietas a qua ſemper abſit uſusfructus. Aliis contra ſedebat, magis valere legatum uſusfructus. nam Titio fundum deberi; heredi uſumfructum. eo in numero fuere Gajus *l.* 6. *D. de uſufructu*, Africanus *l.* 36. §. 1. *D. eod. tit.* Julianus *l.* 4. *D. Si uſusfructus petetur*, Papinianus *l.* 66. §. *ult. D. de legatis lib.* 2, & poſtremo Juſtinianus *d. l.* 14. movitque Imperatorem: quod uſusfructus apud heredem manere juſſus, poſſit finiri morte primi heredis. At heredis appellatio etiam ad deinceps ſucceſſores pertinet. (ſic loquitur *d. l.* 14. Juſtinianus: non ſine exemplo, auctore Feſto, in *deinceps*) Sed ea vocabuli latitudo ceſſat: quoties ei teſtatoris voluntas, aut rei qua de agitur, natura, aut ſimile, adverſatur *l.* 70. *l.* 227. *pr.* & §. 1. *D. de verborum ſignificatione*, *l.* 1. *D. de vulgari & pupillari ſubſtitutione*, *l.* 5. *D. de conjungendis cum emancipato liberis ejus*. quod hoc contingit caſu: quia uſusfructus natura ſua cum perſona fructuarii extinguitur; nec ad heredes ejus tranſit. accedit, quod teſtator legans Titio proprietatem, heredi uſumfructum, voluit æque valere legatum proprietatis atque uſusfructus. idque fruſtra vellet, ſi heredis appellatio etiam ad ulteriores heredes pertineret: inutili futura proprietate a qua ſemper abſuturus ſit uſusfructus. igitur (quod convenit teſtatoris voluntati, & naturæ uſusfructus) in propoſito placet, heredem intelligi non ulteriorem illum qui per heredem a teſtatore ſcriptum heres factus ſit: ſed hunc proximum, qui ipſius judicio teſtatoris heres ſcriptus eſt.

Ita: ſi teſtator Titio legavit fundum, deducto heredi uſufructu. quod ſi quis ſit uſumfructum ſtipulatus ſibi & heredi: duo erunt uſusfructus, quorum unus morte ſtipulatoris, alter heredis morte extinguetur *l.* 38. §. 12. *D. de verborum obligationibus*.

Caput VI.

Quomodo uſusfructus finiatur morte fructuarii?

Igitur finitur uſusfructus tempore. amplius finitur fructuarii morte. ſic Paulus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 36. nempe uſusfructus eſt jus fruendi perſonæ: id eſt, jus conſiſtens in facto perſonæ. qua ſublata, neceſſe eſt; & ipſum tolli: ſicut ſi quid aliud perſonæ cohæret *l.* 3. §. 3. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur*, *l.* 1. §. 3. *D. de liberatione legata*. Inde Modeſtinus *l.* 51. *D. de uſufructu*, *Titio*, inquit, *cum morietur*, *uſusfructus inutiliter relinqui intelligitur*; *in id tempus videlicet collatus quo a perſona diſcedere incipit.* Nec male Salvianus *lib.* 3. *Adverſus avaritiam* de fructuario ait, *Uſum rerum habentem*, *jus rerum non habentem*, *quaſi locupletem quidem vivere*, *ſed quaſi mendicum mori*. Finitur igitur uſusfructus morte fructuarii. utique ſi is certus ſit. Sed de eo fuit aliquando dubitatum. & exemplum; ſi ponatur populo aut civitati datus uſusfructus. nam cum populum aut civitatem dicimus, quid intelligimus? puto, multos homines, at non ſolutos, ſed uno nomine & corpore conjunctos *l.* 30. *D. de uſurpationibus & uſucapionibus* in primis ſocietate vitæ civilis & conſenſu imperii. Hoc ſenſu Cicero, *De republica lib.* 3. *Populum eſſe* ait *cœtum multitudinis juris conſenſu & utilitatis communione ſociatum.* Eodem modo Apulejus, *lib.* 2. *De Philoſophia*, *Civitatem eſſe*, inquit, *conjunctionem hominum plurimorum in quibus ſunt regentes alii, alii deteriores, conjuncti inter ſe concordia & invicem ſibi opem atque auxilium deferentes, iiſdem legibus, rectis tamen, officia temperantes.* Ita putemus, populum ex mul-

tis

tis civibus conſiſtere: ſed interim alium eſſe populum, alios cives ſingulos: ac ſi civis hic aut ille decedat, & tandem omnes qui initio fuerint, moriantur cives; non ob id populum mori, aut alium fieri, ſed eumdem manere qui fuit. Atqui mortuis ſubinde aliquibus, aliis adgnatis adſcitiſve, mutantur populi partes. Eſto: ſed eſt eadem populi ſpecies, quamdiu ſpiritus ſummi imperii populum continens, ſervat formam unitatis: eadem ſemper re cujus eadem perſeverat ſpecies, licet mutentur ejus partes: ut, præter Plutarchum, *De ſera numinis vindicta, pag.* 559. *tom.* 2. *edit. Pariſ.* erudite diſputat Alfenus *l.* 76. *D. de judiciis*, adductus ſupra lib. 1. c. XVII. Ergo perpetuus erit uſusfructus populo datus? fortaſſe dices: populo cui debetur, immortali. ſane Cicero, *d. lib.* 3. *Debet*, inquit, *conſtituta ſic eſſe civitas, ut æterna ſit.* Apud Tacitum quoque eſt *lib.* 3. *Annal. c.* 6. *Rempublicam æternam eſſe.* Id tamen aliquando fallit. quamquam enim non efficit ſingulorum mutatio; ut eſſe deſinat populus qui fuit: nihilominus urbes perinde, ac homines, naſci atque emori, optime obſervat Rutilius Numatianus, *Itinerario* verbis ſequentibus,

Non indignemur mortalia corpora ſolvi,
Cernimus exemplis oppida poſſe mori.

et ſuis exemplis oſtendit Petrus Faber V. CL. *lib.* 1. *Semeſtr. c.* 8. & 9. præclare autem animadvertit Vir Summus, Hugo Grotius, *lib.* 2. *De jure belli ac pacis c.* 9. civitatem perire duobus modis: id eſt, interitu corporis, aut ſpiritus quo cohæret. Primum interit corpus, ſublatis ſimul partibus ex quibus conſtat: ut ſi populus abſorbeatur terræ motu, chaſmate, vel inundatione. quod ſæpe contigiſſe, præter citatos a Grotio auctores, refert Apulejus, *De mundo.* Deinde perit populus, ſublato ſpiritu quo jungebatur civile corpus. ac pro exemplo ponit Grotius; ſi cives a ſocietate ſponte diſcedant ob peſtilentiam, aut ſeditionem, item ſublata omni aut perfecta juris communione: eo quod in ſervitutem rediguntur ſinguli, aut quod imperio exuitur populus, ſervata ſingulis libertate. Nil opus addi, ſolere Veteres urbem deleturos, in eam aratrum inducere; indeque aratrum quaſi urbium mortem habere. clare id Modeſtinus *l.* 21. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur.* etiam P. Faber *d. c.* 8. & Jacobus Rævardus, *lib.* 2. *Conject. c.* 7. Hoc, ſi pereat populus. quod ſi non fiat: adhuc quæri poteſt, quamdiu tuendus ſit in uſufructu populus? prima facie poſſit perpetuus exiſtimari uſusfructus: immortali populo cui debetur. at ſic inanis erit proprietas a qua ſemper aberit uſusfructus. quod non fuit teſtatori popoſitum. is cum populo uſumfructum, alii proprietatem legaret: non minus voluit legatum proprietatis, quam legatum uſusfructus, haberi utile: eoque uſumfructum æque hoc in caſu atque in aliis finiri. quando? Gajus *l.* 56. *D. de uſufructu*, placuit, inquit, tuendos centum annis eſſe municipes. ac pro ratione addit, quia is eſt finis vitæ longævi hominis. ita ſane ſeculum definiiſſe Veteres, multis declaravit is quem dixi, Petrus Faber *d. c.* 8. quibus addam illuſtrem Cenſorini locum *De die natali:* cujus ſunt verba. *Noſtri majores quod natura ſeculum quantum eſſet, exploratum non habebant, civile ad certorum annorum curriculum centum ſtatuerunt. ſed ut hunc numerum conſtituerent noſtri, nonnihil cauſæ fuit. Primum quod multos ſuorum civium ad hanc ætatem vitam producere videbant. dein quod Etruſcos quorum prima ſecula centenum fuerant annorum, etiam hic, ut in aliis imitari voluerunt. præterea fieri poteſt, quod refert Varro, quodque Dioſcorides Aſtrologus ſcripſit, Alexandriæ inter eos qui mortuos ſolent conſervare, conſtare hominem plus centum annis vivere non poſſe. Id cor humanum declarare eorum qui integri perierunt ſine corporis tabe, eo quod id multis annis pendendo omnis ætatis incrementa & diminutiones obſervant, & anniculi pendere duas drachmas, bini quatuor, & ſic annos ſingulos uſque ad quinquaginta accedere binas. ab iis centum drachmis atque anno quinquageſimo decedere in unoquoque binas. ex quo perſpicuum ſit, centeſimo anno redire ad anni primi pondus, nec longius vitam poſſe produci.* Sic ille.

Æmilius tamen Macer *l.* 68. *D. Ad legem Falcidiam*, inventurus æſtimationem quartæ Falcidiæ detrahendæ ex uſufructu infanti aut civitati relicto, vitam hominis aut civitatis metitur ſpatio triginta annorum. noo igitur durat is uſusfructus anois centum, ſed triginta. At nihil mutat Æmilius Macer. ut enim poſſit uſusfructus civitati aut infanti relictus, durare annis centum *d. l.* 56: non tamen hoc vetat, eum in æſtimatione quartæ Falcidiæ videri tanti, quantum eſt in reditu triginta annorum *d. l.* 68. nam conſuetudo ſeculum annis centum circumſcribens, non negat, uſumfructum civitatis aut infantis aliquando breviore finiri ſpatio. eſt enim centum annorum tempus, terminus vitæ hominis: non cujuſque, ſed longævi. Gajus *l.* 8. *D. de uſu & uſufructu legato* ait, eſſe finem vitæ longiſſimum. at quoties fit humanis caſibus; ne homo ad ætatem quæ eſt longiſſima, perveniat ſalvo ſtatu? etiam civitati aliquando accidit; ne abſolvat ſeculum. ſæpe ejus corpus, ſæpe ejus ſpiritus ante tollitur. proinde incerto, habiturusne naturales terminos ſit uſusfructus civitati aut homini legatus; non eſt facilis definitio quartæ Falcidiæ. ea cauſa fuere Veteres, quod res ſuadebat, aliquanto contenti temperamento: id eſt, æſtimatione redituum annorum triginta qui admodum complectuntur trientem ſeculi. certe cum plerique vivant uſque ad annum ſexageſimum: non putarunt Veteres, ſe recedere ab æquitate; æſtimaotes dimidiatam ejus ætatis partem: propter varios caſus ſæpe ex tranſverſo incidentes rebus mortalium.

Ita

Ita eſt: ſi civitati relinquatur uſusfructus. aliud eſt: ſi ei annuum legetur. id enim non finitur ſeculo, ſicut uſusfructus: licet ejus exemplo morte finiatur *l.* 8. *D. de annuis legatis*; utique, ſi privato alimenti vice detur *l.* 20. *D. Quando dies legatorum.* imo & ſi non ſic legetur in annos ſingulos. ſunt enim plura annua legata: primi anni purum: ſequentium ſub conditione, ſi vivat *l.* 4. *D. de annuis legatis.* Si tamen juſſit teſtator, annuum Titio & ejus heredibus præſtari: placet, omnibus heredibus, id eſt, etiam heredum heredibus deberi ex voluntate teſtatoris *l.* 22. *C. de legatis:* aliter ac ſi uſusfructus legetur Titio & ejus heredibus. tum enim Titio & primo ejus heredi, ſed non heredis heredi & deinceps deberi *l.* 13. *C. de uſufructu.* quapropter intereſt inter uſumfructum & annuum: nec jam miror, annuum reipublicæ (quam dixi quodammodo eſſe immortalem) relictum, ei quotannis in perpetuum deberi *l.* 6. *l.* 24. *&* *l.* 20. §. 1. *D. de annuis legatis:* etſi uſusfructus ei legatus, ſeculo, id eſt, ſpatio centum annorum finiatur. refert enim, quod legato rei uſufructu, palam legatum eſt rei emolumentum: at annuo legato, non eſt hoc palam, ſed tacite, legatum: multa autem tacite & per conſequentiam tolerantur quæ palam facta, non valent.

Caput VII.

An capitis deminutione, & qua amittatur uſusfructus?

Abſolvi modos quibus uſumfructum finiri, Paulus ait *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 31. Reſtant quibus amittatur. tales Paulus eodem loco facit quinque quos enumeravi ſupra capite v. Familiam ducet capitis minutio. quæ eſt ſtatus permutatio *l.* 1. *D. de capite minutis.* is autem ſtatus eſt triplex: libertatis, civitatis, & familiæ. ſit igitur & triplex capitis minutio: maxima, media, & minima: maxima libertatem, media civitatem, minima familiam mutat *l. ult. D. eod. tit.* eſt tamen, ubi duplex dicitur, capitis minutio: alia magna, alia minor; nulla juris offenſione: ut tradidi *lib.* 2. *Obſervat. c.* 21. igitur tollitur uſusfructus jure civili capitis minutione, & quidem omni: ſive ſit maxima, ſive media, ſive minima. nempe uſusfructus eſt jus perſonæ, quod perit ſublata perſona cui debeatur. fitque id non tantum morte, ſed etiam ſtatus mutatione: quia hac homo fit alius, quam fuit. fit enim ex libero ſervus, aut ex cive peregrinus, aut ex patrefamilias filiusfamilias. ita, quod Paulus indigitat *d. tit.* 8. §. 32, omni capitis minutione tollitur uſusfructus. verba Pauli *Capitis minutione amittitur* (uſusfructus), *ſi in inſulam fructuarius deportetur, vel ſi ex cauſa metalli ſervus pœnæ efficiatur, aut ſi ſtatum ex adrogatione, vel adoptione mutaverit.* Recte. nam omni capitis minutione eſſe deſinit is cui datus eſt uſusfructus: & qui eſſe cœpit, ei non eſt datus. certum id in maxima & media capitis minutione. comparantur enim cum morte *l.* 63. §. *ult. D. Pro ſocio:* neque abſurdum eſt, uſumfructum, id eſt, perſonæ jus, extingui æque civili ac naturali perſonæ morte: cum utraque tollantur ejus jura, cum civilia, tum naturalia. ſed viſum eſt Veteribus, idem in minima capitis minutione obſervare: quia uſusfructus, etſi quædam habeat ex facto; tamen plurimum ex jure mutuatur. quæ vero juris civilis ſunt, jure civili, id eſt, minima capitis minutione, extinguuntur. aliter ac ſi habitatio legetur, aut legatum relinquatur in menſes ſingulos aut in annos ſingulos. nam utrumque capitis deminutione perſeverat: videlicet, quia tale legatum magis in facto, quam in jure, conſiſtit. hanc differentiam, ut mihi videtur, obſervavit Modeſtinus *lib.* 8. *Differentiarum:* etſi tantum unam ejus partem poſuerit Tribonianus in *l.* 10. *D. de capite minutis:* mutato altera in parte jure vetere in *l.* 16. §. *ult. C. de uſufructu:* ut paulo poſt dicetur. interim monebo, quod ex vetere illo jure ſic indiſtincte ſcribit Ulpianus *l.* 1. *D. Quibus modis uſusfructus amittitur, Uſumfructum amitti capitis minutione conſtat.* Et obſervandum, quod addit, *Parvi refert, utrum jure ſit conſtitutus uſusfructus, an vero tuitione Prætoris. proinde traditus quoque uſusfructus, item in fundo vectigali, vel ſuperficie non jure conſtitutus, capitis minutione amittitur.* Ulpianus & hic, & in *l.* 9. §. 1. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat* duplicem facit uſumfructum: unum qui ipſo jure conſtituatur: alterum qui conſtet tuitione Prætoris. ejuſque exemplum procul dubio optimum quod Ulpianus *d. l.* 1. ponit in eo qui in ſuperficie, aut in vectigali fundo conſtituitur. qui enim habet fundum talem aut ſuperficiem, non eſt ſuperficiei aut fundi dominus; ſed in eo jus habet *l.* 19. *D. de damno infecto.* non igitur poteſt ejus uſumfructum conſtituere: ſicut nec poteſt ei aliam ſervitutem imponere. & tamen ſi conſtituat ejus uſumfructum, licet non ſubſiſtat ipſo jure uſusfructus, tamen jure Prætorio ſuſtinetur *l.* 1. §. 6. *D. de ſuperficiebus.* ubi enim cœpit Prætor eum qui habet ſuperficiem, aut agrum vectigalem, id eſt, emphyteuticarium, domini loco habere, & ei accommodare utilem in rem actionem: deinde conſequens fuit; ut perinde tueretur uſumfructum ab his conſtitutum, ac ſi a domino conſtitutus eſſet. illud qui procedit: quod porro ait Ulpianus, traditum

quoque uſumfructum non ipſo jure, ſed Prætoris tuitione conſiſtere? primum ſciendum, uſumfructum jure civili non traditione, ſed in jure ceſſione conſtitui; auctore Ulpiano *in Fragm. tit.* 19. deinde, res incorporales proprie non tradi *l.* 43. §. 1. *D. de adquirendo rerum dominio:* ſed quaſi tradi intelligi. ita traditæ non ſubſiſtunt jure civili, ſed jure Prætorio ſervantur *l.* 20. *D. de ſervitutibus*, *l.* 1. §. 2. *D. de ſervitutibus ruſticorum prædiorum.*

Quod expoſui, vetus jus eſt. mutatum a Juſtiniano *l. pen.* §. *ult. C. de uſufructu:* voluit is Imperator, uſumfructum tolli deinceps capitis minutione tantum maxima & media; non etiam minima: puto, quod maxima & media morti comparantur: minima contra, etſi mutet familiæ ſtatum, eoque aliam faciat perſonam, tamen pro morte non habetur, denique conſtat magis civili ſubtilitate, quam naturali ratione. Juſtinianus *d. loc.* id tali oſtendit exemplo. *Quare enim ſi filiusfamilias fuerit is, qui uſumfructum habet, forte ex caſtrenſi peculio, ubi nec patri uſusfructus adquiritur, ei poſſeſſum, per emancipationem eum amittat.* Senſus eſt: quod filiusfamilias emancipatione amittit uſumfructum ex caſtrenſi peculio ſibi comparatum: quamquam is uſusfructus utpote ſequens caſtrenſis peculii cauſam, numquam ad ejus patrem pertinuit; ne ante emancipationem quidem. ea vero in re mera eſt ſubtilitas, nullum habens rationabilem exitum. igitur motus hoc exemplo Imperator *d. l. pen.* §. *ult.* noluit deinceps uſumfructum minima tolli capitis deminutione qua olim tollebatur. Dixi quod mihi videtur. Aliis placet, rationem mutati juris petere ex *l. ult. C. de emancipationibus liberorum:* in qua tolluntur emptiones ac venditiones, manumiſſioneſque imaginariæ, quibus filius Jure Civili in ſervilem ſtatum detrudebatur. ſed quod dixerim, pace eorum qui ſic ſentiunt, errant tota via: etſi videntur ſibi idoneam facere collectionem. non enim huc reſpexit Imperator; ne potuit quidem eo reſpicere. itane? ſubjecta oculis Subſcriptione utriuſque legis apparebit, *d. l. ult.* eſſe poſteriorem *d. l. pen.* ita non potuiſſe rationem hujus Conſtitutionis peti ex illa quæ tum nondum erat. Veriſimilius quis conjiciat, interpolata ex §. 1. *d. l. pen.* eſſe a Triboniano poſtrema Pauli verba in *l.* 1. *D. de uſu & uſufructu legato*, inſertis verbis, *ex magna cauſa.* Sed de capitis minutione ſatis.

CAPUT VIII.

Uſumfructum amitti non utendo per conſtitutum tempus.

Præterea amittitur uſusfructus non utendo. clare Paulus, *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 33. *Non utendo*, inquiens, *amittitur uſusfructus, ſi poſſeſſione fundi biennio fructuarius non utatur, rei mobilis anno.* ait autem Pomponius *l.* 25. *D. Quibus modis uſusfructus amittitur*, placere, vel certæ partis, vel pro indiviſo, uſumfructum non utendo amitti. videtur porro fructuarius non uti frui re fructuaria: quum ea nulla ex parte utitur & fruitur. quod ſi ſit uſus, non fruitus: putat Paulus *l.* 20. *D. eod. tit.* referre; utrum ſciverit, ſe habere uſumfructum, an ignoraverit. nam ſi ſciens, ſe habere uſumfructum, tantum uti velit; nihilominus & frui videtur: ſi vero ignoret; magis amittet uſumfructum. & movet Paulum: quod non ex eo quod habet utitur, ſed ex eo quod habere ſe putavit. igitur amittit uſumfructum fructuarius, ſi per ſe uſus non ſit. at cum per alium quoque cui uſumfructum vendidit, aut locavit, aut gratis conceſſit, uti frui ei liceat: magis eſt, ut per eos quoque uſumfructum retineat *l.* 38. *D. de uſufructu.* amplius, ſi uſumfructum habeam, eumque non ipſe locavero, ſed abſente & ignorante me, is qui negotia mea geſſit, locaverit, aut certe fuerit uſus & fruitus: nihilominus, ſi ratum habeo quod ab eo geſtum ſit, retineo uſumfructum. idque & Pomponius & Ulpianus probant per hoc, quod negotiorum geſtorum actionem adquiſivi *l.* 12. §. 2. *D. eod. tit.* ex quo ratum habui ab illo geſtum.

Igitur retinet uſumfructum fructuarius etiam per alium: qui modo ejus nomine utatur uſufructu. quod ſi is non utatur; diſtinguit Marcianus *l.* 38. & 40 *D. eod. tit.* nam ſi donavero alicui uſumfructum; iſque non utatur: negat, per eum retineri a me uſumfructum: quia ceſſante ejus uſu, neque in me, neque in illo apparet quo retineatur uſusfructus. quod ſi non donavero, ſed vendidero, uſumfructum, etiamſi non utatur emptor: contra putat Marcianus, a me retineri uſumfructum: quia qui pretio utitur, (ut Gajus ait *l.* 39. *D. eod. tit.*) non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur. Nec tamen hoc ſemper verum eſt. quæſitum certe, ſi proprietarius a me qui ſum fructuarius, fundum conduxerit, eumque Sejo vendiderit, non deducto uſufructu, an uſumfructum per emptorem retineam? Et ait Pomponius *l.* 29. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur*, licet penſionem mihi ſolverit proprietarius, tamen uſumfructum amitti: quia non meo, ſed ſuo nomine fruitus eſt emptor. teneri plane mihi ex locato proprietarium, quanti mea interfuit, id factum non eſſe. quamquam ſi a me conductum uſumfructum alii quis locaverit, retinetur uſusfructus: ſed ſi proprietarius eum locaſſet ſuo nomine, dicendum amitti: non enim meo nomine fruitur colonus.

Amittitur igitur uſusfructus non utendo, ſed

ſed per conſtitutum tempus: quod Paulus *d. tit.* 8. §. 33. ait, fuiſſe biennium in re immobili, fundo, verbi gratia; annum in re mobili. Sed id tempus mutavit Juſtinianus *l.* 16. *pr.* & §. 1. *C. de uſufructu:* præfatus, rebus mortalium multas incidere cauſas per quas illi jugiter quod habent, retinere non poſſint; & eſſe durum, eos per hujuſmodi difficultates amittere quod ſemel poſſeſſum ſit. vetuit igitur, uſumfructum non utendo perire, *Niſi talis exceptio uſufructuario opponatur quæ etiamſi dominium vindicaret, poſſet eum præſentem vel abſentem excludere.* Sic loquitur Juſtinianus: ac fere creditur nolle, uſumfructum non utendo perire: niſi fructuario talis opponatur exceptio quæ poſſet ſuum vindicantem dominium ab ejus petitione excludere. ea vero exceptio ſive præſcriptio, eſt triennii in re mobili; & decem annorum inter præſentes, viginti annorum inter abſentes in re immobili *pr. Inſt. de uſucapionibus.* Sed ea interpretatio mihi numquam placuit, etſi ſit hominum ingenio & doctrina illuſtrium. quin ſemper putavi, inter uſumfructum rei mobilis, & immobilis, eſſe nullam hac in parte differentiam: utrumque enim tolli ſpatio decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes. Indicio mihi: quod Imp. Juſtinianus, poſtquam egit de rebus, cum mobilibus, tum immobilibus, deinde generaliter ait, fructuario nocere exceptionem quæ ei, ſi dominium vindicaret, vel præſenti, vel abſenti noceret. ea porro diſtinctio præſentis & abſentis locum habet in rebus immobilibus: in mobilibus non habet. vult igitur Imperator, in cujuſcumque rei uſufructu obſervari præſcriptionem rerum immobilium: quæ præſcriptio eſt decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes: licet in rerum corporalium præſcriptione ſit mobilium & immobilium differentia. Sed nil opus verbis: ipſo Juſtiniano tenorem *d. l.* 16. plane ad hanc quam dixi, formam exponente ſequente anno in *l.* 13. *C. de ſervitutibus & aqua:* ut ex utriuſque Subſcriptione facile liquere poteſt.

Non minus quis miretur eumdem Imperatorem in *d. l.* 16. velle, illo temporis ſpatio quo de diſputavi, non modo uſumfructum perire, ſed etiam actionem de uſufructu, non dicam hanc quæ in rem eſt: ſed eam quæ eſt in perſonam; ſive ſit ex teſtamento, ſive ex ſtipulatu. nam alioquin in perſonam actiones demum finiuntur ſpatio triginta annorum *l.* 3. *C. de præſcriptione 30 vel 40 annorum.* Sed, ut videtur, fecit Imperator *d. l.* 16. §. 1. ſpeciale jus actionis de uſufructu, quantumvis perſonalis.

Longior videri poſſim, quam neceſſe ſit oſtenſuro, uſumfructum morte, capitis minutione, aut inuſu, tolli. nec tamen licet mihi recedere a propoſita quæſtione. nam quæ dicta ſunt de extinguendo bis modis uſufructu, tum demum certa ſunt: ubi unius eſt uſusfructus: aut ſi plurium ſit, ſuum quiſque & diſtinctum habeat uſumfructum. tum enim liquet, ex cujus morte, capitis minutione, aut inuſu, amittatur. verum fingamus, (qui eſt caſus *l.* 4. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur*) Titium rogari, uſumfructum ſibi legatum, Sempronio reſtituere: hic ſi incidat alterutrius inuſus, mors, capitiſve minutio, ambigi poſſit; ex utrius perſona extinguatur uſusfructus. cum enim legata lege Duodecim Tabularum approbentur; fideicommiſſa non approbentur; ut dixi capite primo hujus libri: apparet, uſumfructum non fideicommiſſarii, ſed legatarii eſſe: quia non fideicommiſſario, ſed legatario ipſo jure adquiritur. ei autem quæſitus, deinde ejus, propter reſtitutionem, eſſe non deſinit. quin ipſum jus etiam poſt reſtitutionem apud legatarium manet Jure Civili: & tantum fructuum perceptio quæ facti eſt, ad fideicommiſſarium tranſit Jure Prætorio. hoc ſenſu Julianus *l.* 3. *D. Si uſusfructus petetur* ait, poſſeſſionem dumtaxat fideicommiſſarii fieri, non etiam dominium. oportet igitur uſumfructum ſummo jure magis ex legatarii, quam ex fideicommiſſarii, perſona perire morte aut capitis minutione. cæterum extincto ſic ſummo jure uſufructu legatarii morte aut capitis minutione: adhuc placuit, tuendum in uſufructu eſſe fideicommiſſarium: perinde ac ſi ei principaliter eſſet legatus. licet enim fideicommiſſarius, ne facta quidem reſtitutione fideicommiſſi, Jure Civili non ſit fructuarius, id eſt, dominus uſusfructus: tamen Prætor, poſtquam eum facit poſſeſſorem uſusfructus, ſic eum tuetur utili actione *l.* 29. §. 2. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur* Jure Prætorio, ac ſi Jure Civili eſſet dominus uſusfructus: auctore Gajo *l.* 29. *D. de uſu & uſufructu legato.* porro quemadmodum Jure Prætorio amittitur uſusfructus morte & capitis minutione fideicommiſſarii: ita Julianus *d. l.* 3. *D. Si uſusfructus petetur*, & non uſu ejus amitti: neque ei ad amiſſi reſtitutionem ullam dari actionem: præfatus, poſſeſſorem uſusfructus, id eſt, fideicommiſſarium, alioquin plus juris habiturum, quam dominum, id eſt, legatarium. placet igitur, fideicommiſſarium non utendo amittere uſumfructum: ſicut legatarius non oneratus fideicommiſſo, eum amitteret non utendo.

Similis dubitatio fuit in uſufructu relicto filio aut ſervo, & per hos adquiſito patri aut domino. utrius enim ſpectanda in uſufructu perſona eſt? filii aut ſervi: an patris aut domini? nam illos teſtator indigitavit: hos Jus Civile fecit fructuarios. ſed dubitationem exemit Juſtinianus *l. ult. C. de uſufructu.* voluit enim, uſufructu ſervo relicto, unam ſpectari domini perſonam. nempe, quia ſervus per ſe non habet perſonam Jure Civili; niſi quam accipit a domino: cui etiam ita adquirit uſumfructum; ut ne momento quidem in per-

ſona ſervi ſubſiſtat *l. 79. D. de adquirenda hereditate.* ſic vivo domino. quid mortuo? accipit jam perſonam ſervus ex perſona heredis. is autem non ſuccedit in uſumfructum domino adquiſitum: qui numquam tranſit ad heredem fructuarii. accedit: quod teſtator, cum ſervo relinquit uſumfructum, quem ſcit ſervum eſſe: videtur eum non tam ſervi, quam domini contemplatione reliquiſſe. Hoc in ſervo. quid, ſi filiofamilias ſit relictus uſusfructus? voluit Imperator, & patri & filio datum intelligi: patri quidem primum, quamdiu vivit, & eſt integri ſtatus; etiam ejus manere, mortuo deinde filio. cæterum patre mortuo aut capite minuto, adhuc filii eſſe; etſi is patri ſuo non exiſtat heres: id hoc colore, quaſi ab initio magis ſit filii, quam patris contemplatione conſtitutus.

Fere mihi exciderat, olim fuiſſe qui exiſtimarent, dominum ſi uſumfructum accepiſſet per ſervum, eumque ex parte alienaſſet, partis alienatione amittere uſusfructus partem: fuiſſe quoque qui cenſerent, partis alienatione uſumfructum totum amitti. inde ſane hoc Ulpiani *l. 5. §. 1. D. Quibus modis uſusfructus amittitur*, Si quis alienaverit uſumfructum ſervi per quem is uſusfructus ei adquiſitus eſt, per eum retineri uſumfructum. Et notandum, quod Ulpianus non de alienata ſervi proprietate loquitur, ſed de alienato ſervi uſufructu: quod poterat dubitari, an alienato ſervi uſufructu, ejus pars alienata intelligeretur: certo, parte alienata, uſumfructum amitti. Sed negat Ulpianus, ſi quis alienaverit uſumfructum ſervi per quem vel adquiſitus ei ſit uſusfructus, amitti uſumfructum per eum adquiſitum: ſcilicet, quia uſusfructus non eſt dominii pars, ſed jus: non poteſt, alienato ſervi uſufructu, alienata ſervi pars videri *l. 25. D. de verborum ſignificatione.* Sed hanc ſententiam rejecit Imp. Juſtinianus *l. 15. C. de uſufructu:* magis probata opinione Salvii Juliani; dicentis, alienatione partis ſervi non amitti uſumfructum per eum quæſitum, neque in totum, neque pro parte. De eo inter omnes convenit, ſi totum eum ſervum alienaverit fructuarius, interire ſervi uſumfructum, quaſi mutato dominio: ut ait *l. 18. D. Quibus modis uſusfructus amittitur.* verum & hoc mutavit Juſtinianus *d. l. 15.*

CAPUT IX.

An uſusfructus Jure Civili amittatur non utendo per modum? credi: ſed errore.

Proximum eſt: ut tractemus, an uſusfructus non utendo per modum exſtinguatur. id enim ab aliquot ſeculis conſenſu traditur a clari nominis Interpretibus, magnum, ut videtur, ſequutis auctorem, Imp. Juſtinianum, §. 3. *Inſt. de uſufructu*, ſic ſcribentem. *Finitur autem uſusfructus morte fructuarii, & duabus capitis deminutionibus, maxima & media, & non utendo per modum & tempus: quæ omnia noſtra ſtatuit conſtitutio.* Subnixis vero & temporis præjudicio, & tanti nominis majeſtate congredi unum aut alterum, dementia haberi poſſit. Audebo tamen contendere, non fuiſſe eam Juſtiniani mentem; longeque aliter ſe rem habere. obtinebo id curatiore interpretatione verborum, *non uti per modum.* Ajunt, fructuarium non uti per modum: cum non utitur ſecundum formam ei a domino in conſtituendo uſufructu præſcriptam. nam modum eſſe legem dictam a domino proprietatis, ingens venire argumentum: quod Papinianus *l. 4. §. 1. D. de ſervitutibus* ſcribit, *Modum adjici ſervitutibus poſſe conſtat: & hunc modum eſſe, veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur, veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur.* deinde addit, *Intervalla dierum & horarum non ad temporis cauſam, ſed ad modum pertinere jure conſtitutæ ſervitutis.* Igitur ſi a domino proprietatis in conſtituendo uſufructu palam poſitus ſit fructuario modus, iſque aliter fruatur; non ad modum uti eum, omnes docent. ipſe quoque id veriſſimum eſſe profiteor. ſed quid, ſi is modus in conſtituendo uſufructu a domino ſic præſcriptus fructuario non ſit; & hic re fructuaria abutatur, ſive male utatur? jam negant Interpretes, eum re fructuaria uti non per modum. At ego didici multis magniſque rebus, fructuarium, ſive ei palam ſit præſcriptus modus, ſive non ſit, ſi re fructuaria utatur aliter, quam ea uti ſolet paterfamilias, & abuti, & male uti, & non per modum uti. Magni hoc momenti ad explicationem pulchræ quæſtionis; ideoque, ad liquidum perduci poſtulas. Huc igitur pertinet: quod ſuo oſtendi loco, cum uſumfructum dicimus, non intelligi fructum liberum atque infinitum, ſed illum cui ineſt uſus; id eſt, qui ad modum, ſive ad rei conditionem, vel quod idem eſt, boni viri arbitratu, exerceri debet. Hoc ex fonte ſcribit Ulpianus, Si cujus rei uſusfructus legatus ſit, legatarium cavere, uſurum ſe boni viri arbitratu *l. 1. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat:* id vero ſignificare, non facturum ſe deteriorem uſusfructus cauſam; cæteraque facturum quæ in re ſua faceret *d. l. 1. §. 3.* Paulus *lib. 1. Sentent. tit. 19. §. 3.* ſic exprimit, *Uſufructuarius de utendo uſufructu ſatisdare debet, ſe perinde uſurum, ac ſi ipſe paterfamilias uteretur.* atque id eſſe uſurum *ad modum*, idem oſtendit Paulus *lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 30*, verbis ſequentibus. *Uſufructu legato de modo utendi cautio a fructuario ſolet in-*

Digitized by Google

interponi: & ideo perinde omnia ſe facturum, ac ſi optimus paterfamilias uteretur, fidejuſſoribus oblatis cavere cogitur. Unde apparet, *non per modum uti* utrumque ſignificare: id eſt, non uti ad modum quem paterfamilias in conſtituendo uſufructu fructuario palam præſcripſit: & non uti ad modum ad quem paterfamilias habuit rem fructuariam, cum uſumfructum conſtituit; etſi fructuario tum modum non præſcripſit palam. Sic Paulus. etiam Ulpianus *l. 9. §. ult. D. de uſufructu.* ait certe, *Trebatiam ſcribere, ſilvam cæduam & arundinetum poſſe fructuarium cædere, ſicut paterfamilias cædebat, & vendere, licet paterfamilias non ſolebat vendere, ſed ipſe uti.* ac pro ratione addit, *Ad modum enim referendum eſſe, non ad qualitatem utendi.* Ulpianus ait, *ad modum*, pro ad inſtitutum patrisfamilias: nec, puto, dubium relinquit, ſi fructuarius male utatur re fructuaria, forte exſcindens arbores, aut ſilvam non cæduam: quin ea non ad modum uti videatur *d. l. 9. §. fin.* Similiter dicit Ulpianus *l. 15. §. 1. D. eod. tit.* ſi librarium rus mittat, & qualum ac calcem portare cogat, hiſtrionem balneatorem faciat, aut de ſymphonia atrienſem, aut de palæſtra ſtercorandis latrinis præponat: abuti proprietate. hoc eſt, ut eodem infit loco, *non ſecundam conditionem uti:* id eſt, non ad inſtitutum, ſeu modum. Idem putat Ulpianus, *d. l. 15. §. 3.* eſſe generaliter dicendum, in omnibus rebus mobilibus quas ſua feritate, vel ſævitia corrumpat, non eum *modum* tenere. Quid, ſi ædium uſufructu legato, non caveat damni infecti fructuarius; & ideo in poſſeſſionem mittatur is cui cavendum erat damni infecti? quid, ſi noxali judicio agatur de ſervo; & præſens fructuarius nolit defenſionem ſuſcipere? Et hic dicendum eſt, non uti ad modum patrisfamilias. Quid ergo eſt? placuit, fructuarium, ubi re fructuaria non per modum utitur, poſſe a domino prohiberi uti frui *l. 9. §. ult. & l. 22. D. de damno infecto:* licet dominus alioquin non poſſit impedire ita utentem, ne deteriorem ejus conditionem faciat *l. 15. §. 6. D. de uſufructu.* Sed hoc non pertinet eo: ut putemus, uſumfructum tali perimi prohibitione. minime. non tollitur ſtatim uſusfructus non utendo per modum: etſi fructuarius propterea prohibeatur uti frui. nec hoc traditum, non dicam ab Ulpiano *d. loc.* nec a Paulo *lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 31. & 36*, ubi enumerat modos tollendi uſusfructus: ſed a nullo Veterum. His ſedit, fructuarium idcirco prohibitum re fructuaria uti frui, quod ea utitur non per modum, uſumfructum ipſo jure retinere: nec amittere ante, quam ſi ea prohibitio duret per id tempus quo non utendo amitti ſolet uſusfructus. Clare Gajus, atque adducta inſigni differentia quæ hac in parte ſit inter uſumfructum & pignus, verba Gaji *l. 27. D. de noxalibus actionibus* hæc ſunt. *Si noxali judicio agitur de ſervo, qui pignoris jure tenetur, aut de eo, cujus uſusfructus alterius eſt, admonendi ſumus, ſi creditor vel uſufructuarius præſens defenſionem ſuſcipere noluerit, Proconſulem interventurum & pignoris perſecutionem vel uſusfructus actionem negaturum. Quo caſu dici poteſt, ipſo jure pignus liberari; nullum enim pignus eſt, cujus perſecutio negatur. uſusfructus autem, etiamſi perſecutio [ejus] denegetur, ipſo jure durat, eo uſque donec non utendo conſtituto tempore pereat.* Dedi unum argumentum, atque idoneum. Sequitur alterum non minus firmum, ex Ulpiano *l. 1. §. 5. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.* verba Ulpiani. *Utilius autem viſum eſt, ſtipulatione de hoc caveri, ut ſi quis non viri boni arbitratu utatur, committatur ſtipulatio ſtatim: nec expectabimus, ut amittatur uſusfructus.* Ulpianus dicit, convenire providentiæ proprietarii tradentis uſumfructum, curare: ut ſibi caveatur a fructuario, Uſurum fruiturum ſe arbitratu boni viri: ſic enim effici; ut fructuario non utente ad modum boni viri, proprietario ſtatim committatur ex ſtipulatu actio ad id quod ejus intereſt; nec neceſſe ei ſit, repetere rem fructuariam, eumque in finem exſpectare tempus quo uſusfructus amittatur. quamquam & poteſt eum interim prohibere, ne utatur fruatur: ut ſupra dixi. Quod ſi eſt: demonſtratum eſt, uſumfructum non utendo ad modum non finiri ſtatim: quia poteſt fructuarius ſtatim, ac non utitur boni viri arbitratu, id eſt, non ad modum, ex fructuaria cautione conveniri, etiamſi nondum amiſſus ſit uſusfructus. Hoc ſecundum argumentum. Addamne & tertium? addam atque ex eadem *l. 1. §. 6.* ubi porro Ulpianus, *Habet*, inquit, *ſtipulatio iſta duas cauſas: unam, ſi aliter quis utatur, quam vir bonus arbitrabitur; aliam de uſufructu reſtituendo; quarum prior ſtatim committetur, quam aliter fuerit uſus, & ſæpius committetur; ſequens committetur finito uſufructu.* Ulpianus putat; priorem fructuariæ cautionis clauſulam quæ eſt, Uſurum boni viri arbitratu, (id eſt, ut dixi, uſurum ad modum) non ſolum ſtatim committi, ac aliter uſus fuerit fructuarius: ſed & ſæpius. argumento certo atque indubitabili, uſumfructum non amitti ſtatim, ac aliter quam ad modum uſus eſt fructuarius: cum alioquin non poſſet ſæpius eadem committi cautio.

Dices, id verum eſſe; cum fructuarius re fructuaria abutitur, vel male aliterve utitur: non cum ea utitur non per modum: nam de hoc caſu Imp. Juſtinianum teſtari in *d. §. 3. Inſt. de uſufructu:* de illo neque ibi teſtari, neque alibi. non igitur debere alterum caſum facile ad alterum extendi. Sed jam in anteceſſum oſtendi, aliter aut male uti, item abuti, & non uti arbitrio boni viri, & uti non per modum, in perſona fructuarii plane idem valere. Proinde, ſi non utendo per modum ſtatim tollitur uſusfructus, ſequitur, & male aut aliter utendo, & abutendo, uſumfructum

li. at hoc falſum eſſe, omnes uno clamant ore. an igitur permittam mihi; ne illud quoque falſum eſſe exiſtimem? numquam faciam. At ſupereminet auctoritas Juſtiniani in *d.* §. 3. Niſi eſt alius, quam putatur, ejus ſenſus. ipſa conſideremus verba. *Finitur autem*, inquit, *uſusfructus morte fructuarii & duabus capitis deminutionibus, maxima & media, & non utendo per modum & tempus: quæ omnia noſtra ſtatuit conſtitutio.* Non ſimpliciter ait Imperator, uſumfructum finiri non utendo per modum. ait, eum finiri *non utendo per modum & tempus.* hoc vero indigitat, uſumfructum non utendo amitti: non quidem per tempus anni aut biennii, ſicut olim jus erat: ſed per modum temporis nova lege a Juſtiniano definiti: uſitata loquendi figura Grammaticis ἓν διὰ δύο appellata: quam obſervat Servius in hoc Virgilii, *lib.* 2. *Georgic. verſ.* 192.

— — — *Pateris libamus & auro.*

ſignificari, inquiens, pateras aureas. Eadem figura utitur A. Gellius *lib.* XI. *Noct. Attic. c.* 18. *Si qui*, inquiens, *ſuper manifeſto furto* jure & ordine *experiri velit, actio in quadruplum datur.* Pro ordine juris vel jure ordinario. Cicero quoque *lib.* 1. *Ad Lentulum epiſt.* 7. verba Ciceronis. *Hæc profecto vides, quanto expreſſiora, quantoque illuſtriora futura ſint, cum aliquantum ex provincia atque ex imperio laudis acceſſerit.* pro ex imperio provinciæ. Sic mihi videtur; atque eo magis: quia in *d.* §. 3. addit Imperator, *quæ omnia noſtra ſtatuit Conſtitutio.* ait, ſe hæc conſtituiſſe in ſua Conſtitutione: id eſt, in *l.* 16. *C. de uſufructu.* hanc vero ſæpius, ac ſerio, & attente legi: at numquam deprehendi, in ea dici, uſumfructum amitti non utendo per modum. tantum ibi dicitur, uſumfructum deinceps amitti capitis deminutione maxima & media; itemque non utendo: modo ſi fructuario talis opponatur exceptio, quæ etſi dominium quis vindicaret, poſſet eum præſentem vel abſentem excludere. Non igitur ſolitus, ante Juſtinianum, fuit uſusfructus tolli non utendo per modum; eoque non numerat hanc formam Paulus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 31. & 36. inter cæteras quibus uſusfructus exſtinguitur. non etiam voluit Juſtinianus inducere formam novam & Veteribus incognitam. tantum voluit in inuſu uſusfructus jam ante recepto, laxius obſervari tempus, quam a Veteribus fuerat conſtitutum. cum enim ad tollendum inuſu uſumfructum ante ſufficeret ſpatium anni aut biennii: noluit Imperator, deinceps aliud eſſe tempus, quam decem annorum inter præſentes, vel viginti inter abſentes. quod ſi eſt: efficitur, ut uſusfructus non utendo per modum ne hodie quidem finiatur: quia hoc nove non conſtituit Imperator in *d. l.* 16, neque vetuſtas ante definivit: ut ex ſupra dictis intelligitur.

Nec tamen me præterit, Paulum *l.* 18. *D. Quemadmodum ſervitutes amittuntur*, in prædii ſervitute ita ſcribere, *Si quis alia aqua uſus fuerit, quam de qua in ſervitute imponenda actum eſt: ſervitus amittitur.* Sed non ſinam id captari temere. quod enim Paulus ait, utentem ſervitute non per modum, amittere ſervitutem: tum verum eſt demum: ſi ſervitute non ad modum ſit uſus per legitimi temporis ſpatium: id eſt, ſi ea toto illo tempore numquam eſt ita, ut debuit, uſus, nec ulla ratione. Ita Paulum interpretor. audio. at quo auctore? Paulo; nec deſideres certiorem. is vero *l.* 10. §. 1. *D. eod. tit.* ſic ſcribit. *Si is qui nocturnam aquam habet, interdiu per conſtitutum ad amiſſionem tempus uſus fuerit, amiſit nocturnam ſervitutem, qua uſus non eſt. Idem eſt in eo qui certis horis aquæductum habens, aliis uſus fuerit, nec ulla parte earum horarum.* Sic Paulus. addam Marcellum: nam huic idem videtur: in primis ſi quis conſtituta certo modo ſervitute, ea utatur modo plane alio. quod ſi ita utatur, ut modum egrediatur tantum: putat Marcellus, hunc non aliud, ſed plus egiſſe: ideoque non utendo non amittere ſervitutem: eſſe enim uſum ſervitute, etſi aggravaverit ſervitutem: ſufficere igitur hoc in caſu, rem ſic temperari; ne ei concedatur, in ſervitute habere plus, quam ſit pactum. Verba Marcelli ſi quis conſiderare volet, appoſui ex *l.* 11. *D. eod. tit. Is cui via vel actus debebatur*, ut vehiculi certo genere uteretur, *alio genere fuerat uſus: videamus, ne amiſerit ſervitutem; & alia ſit ejus conditio, quia amplius oneris, quam licuit, vexerit: magiſque hic plus, quam aliud egiſſe videatur: ſicuti* (lego, *SIcuti*, id eſt, *ſicuti ſi*) *latiore itinere uſus eſſet; aut ſi plura jumenta egerit, quam licuit; aut aquæ admiſcuerit aliam. Ideoque in omnibus iſtis quæſtionibus ſervitus quidem non amittitur: non autem conceditur plus, quam pactum eſt, in ſervitute habere.*

CAPUT X.

Uſumfructum tolli ceſſione in jure facta a fructuario. & quando? item de conſolidatione.

Revertamur ad Paulum. is *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 31. inter modos amittendi uſusfructus etiam ponit in jure ceſſionem. & in §. 35. adfert exemplum. *In jure*, inquiens, *ceſſione amittitur uſusfructus, quoties domino proprietatis eum fructuarius in jure ceſſerit.* Eſtque perſpicua ejus exempli ratio. nam in jure ceſſio, ut dixi c. 2. hujus libri, eſt legis actio, qua contingit cujuſcumque rei tam incorporalis, veluti uſusfructus, quam corpora-

ralis, ut fundi, aut ſervi alienatio. fiebat illa hac forma. apud Prætorem in jure vindicabat ceſſionarius, ſuum eſſe quod ei cedebatur. Prætor deinde rogabat cedentem, an contra vindicaret. is ſi negaret, aut taceret: pronuntiabat Prætor hæc ſolemnia verba, Quando tu neque ais, neque negas, ego huic præſenti & vindicanti addico. eo igitur decreto cum cedenti omne jus ejus voluntate abjudicaretur, idemque ceſſionario addiceretur: an mirum erat, uſumfructum domino proprietatis a fructuario in jure ceſſum, ſtatim amitti? ſed hoc clare Paulus.

Quid, ſi extraneo cedatur? ſilet Paulus *d. tit.* 8. §. 35. ideoque ſunt qui ſibi aliiſque perſuaſerunt, ceſſione extraneo facta, non amitti uſumfructum. Sed ſi mihi liceat meo uti ingenio: non recedam a contraria ſententia exiſtimantium, uſumfructum etiam hoc caſu amitti Jure Civili. oſtendere id alii, ſuo quiſque modo, & inter cæteros Marcus Aurelius Galvanus, *De uſufructu c.* 38. non ero tamen moleſtus, etiam de meo aliquod ſuſtinens Juriſprudentiæ adferre lumen. Dicam igitur, uſumfructum Jure Civili amitti ceſſione extraneo facta: etſi non dicat Paulus. non enim id negat. magis de eo ſilet: nec oportet in ſcriptis Veterum temere fieri argumentum a conſequentia, aut a contrario. eſſe enim lubricum, & plerumque extra ſcriptoris mentem, oſtendi in *Julio Paulo c.* 7. nec tamen peccaſſet Paulus *d. loc.* etiam hujus caſus aliquam faciens admonitionem. at non idcirco quod non fecit; illi contradixiſſe videri debet. quid, ſi enim habuit ſilentii cauſam, quod ſupervacua videretur diſputatio de modo ceſſionis quo nemo ſit uſurus? ain' vero? ſit ita, ut domino proprietatis uſumfructum cum ratione cedat fructuarius; cujus interſit, id fieri ex cauſa donationis aut venditionis aut ſimiliter: an eum cedat extraneo: nihil effecturus ejus reſpectu; & interim nociturus ſibi, exſtincto præter intentionem uſufructu? non dices. ſupervacuo igitur ſollicitus *d. loc.* ſit Paulus circa ceſſionem a fructuario faciendam alii, quam domino proprietatis: cum præſertim nemo ea uſurus ſit ſapiens & ſe ſpectans. Non quæram circuitiones: rectam ingreſſus viam, ac bono duce: niſi diſplicet Pomponius. at is in *l.* 66. *D. de jure dotium* ſic ſcribens. *Si uſusfructus fundi cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur: difficultas erit poſt divortium circa reddendum jus mulieri: quoniam diximus, uſumfructum a fructuario cedi non poſſe, niſi domino proprietatis; & ſi extraneo cedatur, id eſt, ei qui proprietatem non habet, nihil ad eum tranſire, ſed ad dominum proprietatis reverſurum uſumfructum. Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc uſumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno: ut ipſum quidem jus remaneat penes maritum: perceptio vero fructuum ad mulierem perveniat.* Subjecta ſpecies manifeſtum dabit Pomponii intellectum. Titius Sempronio pro Seja ei nuptura, in dotem dedit uſumfructum fundi cujus proprietatem mulier non habebat. hoc matrimonium finitur divortio. quæritur, quemadmodum uſusfructus Sempronio in dotem datus, Sejæ reſtitui poſſit? præcipua difficultas eſt ob ceſſionem in jure: qua, ut dixi, ſolent apud Prætorem cedi res incorporales, ut uſusfructus. ſed Pomponio non placet ceſſio Sejæ non profutura, ſed nocitura, extincto uſufructu. verba Pomponii. *Difficultas erit poſt divortium circa reddendum jus mulieri: quoniam diximus uſumfructum a fructuario cedi non poſſe, niſi domino proprietatis; & ſi extraneo cedatur, id eſt, ei qui proprietatem non habet, nihil ad eum tranſire, ſed ad dominum proprietatis reverſurum uſumfructum.* Verum ipſum quoque hoc in obſcuro eſt. quid enim ſignificat, *Sed ad dominum proprietatis reverſurum uſumfructum?* utrum ſuo tempore, an ſtatim, & per conſequentiam ceſſionis? forte dabis humanitati, ut mitiora cenſeas: quod durum videtur, tam acerbe puniri levem conatum, non modo non habentem effectum, at nec crimen tam ſevera coërcitione dignum. mavis igitur, Pomponium ſentire, reverſurum uſumfructum: non ſtatim, nec per conſequentiam ceſſionis: ſed ubi finitus erit legitimis modis, veluti morte, aut capitis deminutione. Sed videamus; ne a jure aliena ſit illa mollities. quod tamen vertitur delictum? ſed ſufficit, erratum eſſe ignorantia juris. ita ut non ſit peccatum quod reſpublica vindicet ob læſam diſciplinam. at eſt ſupina negligentia fructuarii ſponte ſua nocentis ſibi juris forma, & ſolemnibus apud Prætorem male adhibitis. ea igitur re ſi amiſit uſumfructum ſciens prudenſque faciens ceſſionem; imputet ſibi: ſicut ſi alias in judicio, aut extra judicium damnum patiatur ſua væcordia: ut ſunt exempla ejus generis pulchra *l.* 9. §. 5. *D. de juris & facti ignorantia*, §. 33. *Inſt. de actionibus*, *l.* 7. *D. de in integrum reſtitutionibus*, *l.* 1. §. 3. *D. de poſtulando*. hic certe id fit: eſt enim in jure ceſſio alienationis genus: quo agebatur; ut cedenti Prætoris decreto jus omne abjudicaretur; eique cui ceſſio fieret, adjudicaretur. quod ſi eſt; ut eſt veriſſimum: quæſo, qui poteſt extraneo fieri ceſſio, ſalvo uſufructu fructuario? concedamus, per eam nihil tranſire in extraneum: (quia neque civilis, neque naturalis, ratio patiatur, actum inter fructuarium & extraneum præjudicare domino proprietatis, qui uſumfructum ſoli indulſit fructuario: non ei quoque in quem id transferre a ſe velit fructuarius) at quid vetat, fructuarium, ceſſione extraneo facta, uſumfructum ſibi ſua voluntate abdicere? eſt enim, ut dixi, perſonæ jus uſusfructus; nec poteſt fieri, ut a fructuarii perſona ſine interitu ſui diſcedat jus ejus perſonale *l.* 15. *D. Familiæ*

er-

erciſcundæ. Proinde ſi fructuarius id a ſe diſcedere velit; (quod fit, cum extraneo cedit uſumfructum) quid cauſæ eſt, cur negemus, uſumfructum extraneo ceſſum, quamquam imprudenter, ſtatim reverſurum ad proprietatis dominum? Non me præterit, dici, non præſtare impedimentum quod de jure non ſortitur effectum. Sed non confundit me illa vulgaris jactatio. quoties enim fit in jure; ut quæ careant vi alii noxia, interim facienti damnum adferant? Et extat tale exemplum apud Ulpianum *in Fragm. tit.* 19. ipſum eo notabilius: quia eſt in ipſa qua de agimus, in jure ceſſione. verba Ulpiani. *Hereditas in jure ceditur, vel antequam adeatur, vel poſtea quam adita fuerit. antequam adeatur, in jure cedi poteſt ab herede legitimo: poſtea quam adita eſt, tam a legitimo, quam ab eo qui teſtamento heres ſcriptus eſt. Si antequam adeatur hereditas, in jure ceſſa ſit, perinde heres ſit cui ceſſa eſt, ac ſi ipſe heres legitimus eſſet. Quod ſi poſtea quam adita fuerit, in jure ceſſa ſit, is cui ceſſa eſt*, (legendum, *is qui ceſſit:* ut monui alibi) *permanet heres, & ob id creditoribus defuncti manet obligatus: debita vero pereunt, id eſt, debitores defuncti liberantur.* Ulpianus vult, quod ceſſio hereditatis in jure facta, poſtquam adita eſt hereditas, non quidem operatur hactenus, ne heres maneat is qui ceſſit; atque adeo, ut noceat creditoribus hereditariis: ſed interim efficit, ut ab eo liberentur debitores hereditarii: eo quod ipſe ſe omni heredis jure ſciens volenſque ea ceſſione abdicavit: nec tamen debitores hereditarii ob id ceſſicio heredi tenentur: quia ei non ſunt obligati. Eſt hoc unum atque egregium exemplum. addam tamen & alterum ejuſdem generis, atque æque ad rem noſtram accommodatum. id exemplum eſt: quod Imp. Juſtinianus §. 4. *Inſt. de donationibus* ait, fuiſſe olim modum civilis adquiſitionis per jus accreſcendi, eumque modum fuiſſe talem. ſi communem ſervum habens aliquis cum Titio, ſolus libertatem ei impoſuerit vel vindicta, vel teſtamento, eo caſu pars ejus amittebatur, & ſocio adcreſcebat. addit Imperator, ea re eveniſſe, ut & libertate ſervus defraudaretur, & ex ea humanioribus dominis quidem damnum inferretur, ſævioribus autem lucrum accederet. Nihil igitur fuerit præter juris rationem: ſi in propoſito ſimiliter dicat Pomponius *d. l.* 66. uſumfructum extraneo ceſſum, non ad eum tranſire, ſed ad dominum proprietatis reverſurum ſtatim, ac ceſſus ſit. nempe, quia (ut ſupra dixi) ſufficit, cedentem erraſſe juris ignorantia: licet alioquin non verſetur ejus delictum legibus vindicandum. hoc ſequentia quoque evincunt Pomponii verba. *Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc uſumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno: ut ipſum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.* Quid hic Pomponius? indigitat, ceſſionem quæ in jure facta apud Prætorem continet juris alienationem, hic non recte adferri pro modo reſtituendi uſusfructus: quippe non effecturam quod volunt partes; & acturam contra, quod nolunt. non enim fore hunc ejus exitum: ut uſusfructus, quantum attinet ad jus, ſive dominium uſusfructus, a marito tranſeat ad mulierem; quod faciendum erat: ſed ut ipſum uſusfructus jus ſive dominium ſtatim ad dominum proprietatis revertatur: quod neque marito, neque mulieri erat propoſitum. oportere igitur, quod ſolitum fuit Juriſconſultis, cogitari de remedio quo neque pereat jus uſusfructus; & ejus utilitas nihilominus ad mulierem perveniat. Ait vero Pomponius, fuiſſe quibuſdam viſum, pro tali remedio adhibere colorem venditionis, vel locationis quæ fiat nummo uno. nam ſi maritus uxori vendat uſumfructum nummo uno; eumque deinde non cedat, ſed tradat: ipſum quidem jus, id eſt, ipſum uſumfructum, penes maritum remanere: perceptionem vero fructuum, id eſt, utilitatem quæ facti eſt, ad mulierem pertinere. Sic illi: & recte ex Pomponii ſententia. non enim ut ceſſio, ſic traditio, eſt alienatio Civili Jure. tantum facit, ut quod traditur, ſit in bonis ejus, cui fiat traditio: ut clare Ulpianus, *in Fragm. tit.* 1. §. 14. igitur ſi maritus uxori vendat uſumfructum, & tradat: ipſe, ut Pomponius loquitur, retinebit ipſum jus; id eſt, ipſum uſumfructum; Julianus dominium uſusfructus appellat *l.* 3. *D. Si uſusfructus petetur:* ſed ad mulierem mariti nomine pertinebit fructuum perceptio quæ facti eſt, & a Juliano *d. loc.* uſusfructus poſſeſſio vocatur. Idem vel ſimile erit: ſi maritus uxori nummo uno locet uſumfructum. nam & tum ipſe ſibi retinebit uſumfructum, id eſt, ut dixi, jus ſive dominium uſusfructus; fructuum vero perceptio ejus nomine veniet ad uxorem. Rationis hoc fuit Pomponii tempore: obtinente tum vetere juris forma. ſed poſtquam Imp. Juſtinianus *l. unic. C. de nudo jure Quiritium tollendo* hanc mutavit, ſublata differentia dominii bonitarii & Quiritarii; tum modorum quibus ea dominiorum genera apud Veteres adquirebantur: cœpit vis traditionis eſſe eadem ei quæ eſt ceſſionis. huic quoque conſequens fuit: ut deinde utroque modo aut uſusfructus tolli, aut nihil agi videretur: quia jam utroque peræque contingit alienatio; cum olim altero fieret alienatio, altero non fieret §. 40. *Inſt. de rerum diviſione.* Sed Juſtiniano placuit, magis tollere nominum vanitatem, quam impedire juſtam hominum voluntatem: & ideo putavit, convenire communi utilitati; ut ceſſione extraneo facta, quantum ad uſumfructum, id eſt, ad jus attinet, idem eſſet quod olim obtinebat, facta uſusfructus traditione. noluit igitur uſumfructum extraneo ceſſum, hodie extingui; cum non eſſet hoc propoſitum

ſitum fructuario; ſed apud cum remanere: ſicut olim fiebat, ſi extraneo a fructuario eſſet venditus & traditus. cæterum domino proprietatis ceſſum, hoc animo, ut ejus fiat jus uſusfructus, extingui & cum proprietate confundi ex fructuarii voluntate. hoc, opinor, indigitat Imp. Juſtinianus §. 3. *Inſt. de uſufructu*, ubi *Item*, inquit, *finitur uſusfructus, ſi domino proprietatis ab uſufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agitur*. Id eo verius dixero: quia is Imperator in §. 1. *Inſt. de uſu & habitatione* patitur, uſumfructum a fructuario adhuc alii vendi: cum conſtet, venditionem conſenſu perfici, & traditione conſummari.

Porro ait Paulus *d. lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 31, uſumfructum etiam dominii comparatione amitti. & recte: nam poſtquam ſum nanctus proprietatem cujus uſumfructum habeo: deſinit meus eſſe prior uſusfructus, & incipit jure proprietatis, quaſi ex nova cauſa, rurſus meus eſſe *l.* 21. §. 3. *D. de exceptione rei judicatæ. l.* 78. *D. de jure dotium*. Eum modum Juſtinianus §. 3. *Inſt. de uſufructu* appellat conſolidationem: Venulejus confuſionem *l.* 4. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.* idque nomen ne Paulo quidem diſplicet *l.* 27. *D. Quibus modis uſusfructus amittitur*. Res facilis; nec pluribus opus.

Caput XI.

Quomodo tollatur uſusfructus mutatione aut interitu rei fructuariæ? & quando?

Poſtremo ſic ſcribit Paulus, *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 34. *Rei mutatione amittitur uſusfructus: ſi* domus legata *incendio conflagraverit aut ruina perierit, licet poſtea reſtituatur.* Senſu minime idoneo: quomodo enim recte dicitur *legata domus*, cujus legatus ſit uſusfructus? nec aptius dicitur mutatione rei amitti uſusfructus, ſi *domus legata* incendio conflagraverit, aut ruina perierit. Scribo igitur: *Rei mutatione amittitur uſusfructus; ſi* domus *incendio conflagraverit, aut ruina perierit.* Eo modo Juſtinianus §. 3. *Inſt. de uſufructu: Conſtat, ſi* ædes *incendio conſumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio ſuo corruerint, extingui uſumfructum.* Cogitavi quoque, an poſſit reſtitui: *ſi domus uſ. lg. incendio conflagraverit.* id eſt, *ſi* domus, uſufructu legato, *conflagraverit.* quomodo fere Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur* ait, *Rei mutatione interire uſumfructum placet: veluti* uſusfructus *mihi* ædium legatus *eſt.* ædes *corruerunt, vel exuſtæ ſunt.* Non minus mirere: quod uterque, & Paulus, & Ulpianus ait, uſumfructum amitti *rei mutatione:* cum Juſtinianus *l.* 16. §. 1. *C. de uſufructu* ſcribat, uſumfructum cadere ipſius *rei interitu:* Celſus quoque *l.* 2. *D. eod. tit.* uſumfructum eſſe, inquit, jus in corpore: quo ſublato & ipſum tolli. & nihilominus hi omnes in unam conſpirant ſententiam. etſi imperitis alius ſit rei interitus alia rei mutatio. ita de medio populi Tertullianus, *De reſurrectione carnis c.* 54. *pag.* 360. *Diſcernenda eſt demutatio ab omni argumento perditionis. aliud enim demutatio, aliud perditio.* Et poſt. *Non miſcebuntur omnino diverſa, mutatio atque perditio, operibus utique diverſa. perdit hæc, illa mutat. quomodo ergo quod perditum eſt, mutatum non eſt: ita quod mutatum eſt, perditum non eſt. periiſſe enim eſt, in totum non eſſe quod fuerit: mutatum eſſe, aliter eſſe eſt. porro dum aliter eſt, id ipſum poteſt eſſe: habet enim eſſe quod non perit. mutationem enim paſſum eſt, non perditionem. atque adeo poteſt & demutari quid, & ipſum eſſe nihilominus.* Sic ille, atque ut dixi, magis populari ſenſu, quam ex diſciplina ſapientum, veriſſime opinantium, nihil perire naturæ; & quod videtur deſinere, tantum in aliam transferri formam. ita Seneca, *Epiſt.* 36. *ad fin.* & ante Pythagoras, apud Ovidium, *lib.* xv. *Metamorph.* his verbis.

Nec ſpecies ſua cuique manet; rerumque novatrix
Ex aliis alias reparat natura figuras.
Nec perit in tanto quidquam (mihi credite) mundo;
Sed variat, faciemque novat, naſcique vocatur
Incipere eſſe aliud, quam quod fuit ante: morique
Deſinere illud idem. cum ſint huc forſitan illa
Hæc tranſlata illuc; ſumma tamen omnia conſtant.

Sapienter igitur dixerunt Ulpianus ac Paulus, mutatione rei fructuariæ tolli uſumfructum. nimirum, ubi datur alicujus uſusfructus rei; non datur uſusfructus omnis ſubſtantiæ; ſed ejus quæ in ſpecie eſt *l.* 34. §. 2. *D. de uſufructu.* illa ſi mutetur: deſinit eſſe cujus legatus eſt uſusfructus; & ejus quæ eſſe cœpit, non eſt legatus.

Quam porro dixi mutationem; cave, putes, qualem qualem eſſe. ſolam indigito quæ rei formam (quam M. Tullius, ut Nonius Marcellus obſervat, *De different. verb.* integritatem ſpeciei voluit eſſe) plane evertit. nam hoc demum modo fit mutatio. putatur autem mutari forma; cum res ob id quod contingit, in aliud nomen tranſit. quod ſi non fiat: non creditur mutari forma. nec hoc idcirco dicitur: quod nomini ſit aliquid cum forma commune; ſed quod rerum nomina ſolent peti a forma: eoque forma plerumque a nomine, tamquam a poſteriore intelligitur. Hoc ſenſu Tertullianus, *lib.* 2. *De carne Chriſti c.* 13. *Fides*, inquit, *nominum ſalus eſt proprietatum. etiam cum demutantur*

qualitates, *accipiunt vocabulorum poſſeſſiones.* Mutato igitur rei nomine, mutata videtur rei forma, & perit ejus uſusfructus. Sit exemplum quod ex Paulo & Ulpiano attuli: legatus eſt ædium uſusfructus. hæ ædes corruerunt, vel exuſtæ ſunt. jam non ædes appellantur, ſed area. eſt igitur exſtinctus ædium uſusfructus: quia res mutata eſt, amiſſo nomine, atque alia ſpecie facta *d. l.* 5. §. 2. *D. Quibus modis uſusfructus amittitur.* vice verſa, legatus eſt uſusfructus areæ: huic impoſita eſt ſuperficies: deſinit eſſe area, & domus appellatur: cujus ut pars ſit area, & præcipua, cui etiam cedat ſuperficies: domo tamen areæ impoſita, mutata eſt ſpecies cujus legatus eſt uſusfructus. Varronem audi, *De lingua Latina lib.* 4. *pag.* 7. *Ubi frumenta ſecta terantur & areſcant*, *area. propter horum ſimilitudinem loca in urbe pura areæ.* Mutata igitur re fructuaria, amittitur uſusfructus *d. l.* 5. §. 3. Item uſusfructus debetur agri: (qui *ager dictus eſt*, ut Varro ait *d. loc. in quam terram quid agebant fructus cauſa*) is ager inundatus eſt, ut ſtagnum jam ſit, aut palus. (idem Varro *d. loc. p.* 8. *Palus paululum aquæ in altitudinem*, *& palam latius diffuſæ. Stagnum* vero *eſt*, ut Ulpianus definit, *quod temporalem contineat aquam ibidem ſtagnantem*, *quæ quidem aqua plerumque hieme cogitur l.* 1. §. 4. *D. Ut in flumine publico navigare liceat*) aut contra legatus eſt uſusfructus ſtagni; & exaruit ſtagnum, ut ager ſit factus. utraque notatur mutatio, apud Ovidium, *lib.* xv *Metamorph.* his verbis.

Eque paludoſa ſiccis humus aret arenis,
Quæque ſitim tulerant ſtagnata paludibus hument.

In utraque igitur ſpecie, mutata re ac nomine, exſtinguitur uſusfructus *l.* 10. §. 2. *&* 3. *D. eod. tit.* Idem: ſi legetur uſusfructus maſſæ, & vaſa ſint facta: vel contra, ſi legato vaſorum uſufructu, facta ſit maſſa, Ulpianus putat *d. l.* 10. §. 5. quia mutata forma prope interempta videtur ſubſtantia *l.* 9. §. 3. *D. Ad exhibendum:* utique quantum attinet ad uſumfructum: etſi alioquin maneat ſubſtantia maſſæ, etiam mutata ejus figura. ita de cera Ovidius *d. lib.* xv.

Utque novis fragilis ſignatur cera figuris,
Nec manet, *ut fuerat*, *nec formas ſervat eaſdem;*
Sed tamen ipſa eadem eſt — — —

Addit Ulpianus *d. l.* 10. §. 6, & ornamento diſſoluto aut transfigurato exſtingui uſumfructum. Ornamentum transfiguratum eſt mutatum. Seneca, *Epiſt.* 6. *Intelligo*, *Lucili*, *non emendari me tantum*, *ſed transfigurari:* id eſt, mutari. Idem *Epiſt.* 94. *Qui facienda & vitanda percipit*, *nondum ſapiens eſt*, *niſi in ea quæ didicit*, *animus ejus transfiguratus eſt.* Recte igitur Ulpianus, diſſoluto aut transfigurato ornamento, exſtingui ejus uſumfructum: ſcilicet, quia (ut Marcellus *l.* 6. §. 1. *D. de auro argento legato*) in ſua ſpecie non permanſit, quodammodo exſtinctum eſt.

Ita: ſi res aliud acceperit nomen. quod ſi non ſit, nec mutata res eſt; nec exſtinguitur ejus uſusfructus. finge: quæ eſt ſpecies *l.* 24. §. 2. *D. Quibus modis uſusfructus amittitur*, ſublata ex meo fundo eſt ſumma terra, regeſta alia: non idcirco deſinit eſſe ſolum meum; non magis, quam ſtercorato agro. Rurſus finge: legatus eſt uſusfructus inſulæ: periit ejus portio, portione reliqua. quid dicemus? quod quæ ſupereſt portio, inſula vocatur: & ideo quamdiu remanet quælibet inſulæ portio, tamdiu totius ſoli uſusfructus remanet *l.* 53. *D. de uſufructu.* Similiter legato fundi uſufructu, ſi villa quæ ſit fundi acceſſio, diruatur: nihilominus fundus appellatur: ſicut ſi arbores quæ in fundo fuerint, deciderint: eſt adhuc fundus, etſi ſpoliatus acceſſione arborum. neutro igitur caſu finitur uſusfructus fundi. imo ſi fundus fuit villæ acceſſio; ne hic quidem perit fundi uſusfructus *l.* 10. *D. eod. tit.* manet enim & hoc caſu fundus is cujus legatus eſt uſusfructus. Quid, ſi relictus ſit uſusfructus arvi; & ibi poſitæ ſint vineæ: (id eſt, vites; ut in *l.* 3. *C. de feriis*, *l.* 13. *D. de ſervitutibus ruſticorum prædiorum*) vel contra? negat Ulpianus *l.* 10. §. 4. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur*, exſtingui uſumfructum: aliter ac ſi ſilvæ uſufructu legato, ſilva cæſa, illic ſationes ſint factæ. nam tum exſtingui uſumfructum putat. optime Iſidorus *lib.* XIV. *Originum c.* 13. *Omnis ager*, *ut Varro docet*, (extat is locus lib. 1°. De re ruſtica c. 8.) *quadrifarius dividitur. aut enim arvus eſt ager*, *id eſt*, *ſationalis: aut conſitus*, *id eſt*, *aptus arboribus: aut paſcuus qui herbis tantum & animalibus vacat: aut florens*, *quod ſunt horti apibus congruentes & floribus. Quod etiam Virgilius in quatuor libris Georgicorum ſecutus eſt. Rura veteres incultos agros dicebant*, *id eſt*, *ſilvas & paſcua*, *agrum vero qui colebatur.*

Satis oſtendi, uſumfructum rei mutatione amitti. addendum eſt, ubi id dicimus, interire uſumfructum non hujus aut illius partis, ſed partium omnium. ut ecce: legatus eſt uſusfructus ædium. ædes exuſtæ ſunt, vel corruerunt: perit uſusfructus non tantum ædium, ſed & areæ & cementorum *l.* 5. §. 2. *D. Quibus modis uſusfructus amittitur.* Simile in pecoris uſufructu. nam ſi mortuum ſit; exſpirat uſusfructus: in tantum, ut neque carnis, neque corii debeatur *l. pen. D. eod. tit.* quid, ſi gregis ſit uſusfructus, & eo uſque perveniat ovium numerus, ut grex non intelligatur? perit uſusfructus *l. ult. D. eod. tit.* Quadrigarum quoque legato uſufructu, ſi deceſſerit unus ex equis: ambigi poteſt, an deſinat uſusfructus? & putat Ulpianus intereſſe; utrum equorum, an quadrigæ uſusfructus ſit relictus. nam ſi equorum, ſu-

pe-

pererit in reſiduis: ſi quadrigæ; non remanebit: quoniam quadriga eſſe deſiit *d. l.* 10. §. *ult.* Liquebit hoc, intellecto quadrigæ ſono. ea Veteres non currum ſignificant; etſi plerumque habeatur quadriga, ut jungatur currui. ſed quadriga eſt nomen numeri: indigitantis quatuor equos, etiam ſine curru *l.* 58. *D. Pro ſocio*, *l.* 34. §. *ult.* & *l.* 38. §. *ult. D. de Ædilitio Edicto*, & apud A. Gellium *lib.* 19. *Noct. Attic. c.* 8.

Hoc quamquam certum & verum; tamen recipit difficultatem eo: quod plerumque quidquid in toto jus eſt, obtinet in ejus partibus *l.* 7. *D. de exceptione rei judicatæ:* quando in toto pars ineſt *l.* 113. *D. de regulis juris.* ita, qui dat uſumfructum ædium aut fundi, is dat uſumfructum totius domus, aut fundi & ſingularum partium ejus: ut ſuo probavi loco. alibi quoque obſervatur: ut mutata re, maneat ejus jus in partibus quæ ſuperſunt. pone, obligatam pignori eſſe domum; eam periiſſe: adhuc area tenetur pignori, etſi domus non ſit. quod ſi domus reſtituatur; rurſus areæ cedet domus, ac pignori erit *l.* 16. §. 2. *l.* 29. §. 2. *D. de pignoribus.* pone, legatum eſſe gregem; cumque ita deminutum eſſe: ut jam grex non ſit: adhuc legato cedent oves ſuperſtites *l.* 22. *D. de legatis lib.* 1. Sed quid eſt? non nego, quod de toto dicitur, jus eſſe in parte. illud vertitur: an quæ ſupereſt pars, totius pars ſit. hoc vero eſt facti: in quo intereſt inter proprietatem & uſumfructum. nam ſi legetur uſusfructus rei: non datur uſusfructus rei qualis qualis ſit. contra datur uſusfructus rei quæ in ſpecie eſt *l.* 34. §. 2. *D. de uſufructu.* igitur ſi mutetur ſpecies: finitur uſusfructus totius rei, & partium ejus. ſcilicet, quia ipſa res eſt alia, quam fuit, partes ejus ſunt partes rei alterius, quam cujus datus eſt uſusfructus. quin reliquæ partes, etſi præbeant ſui uſum: tamen non præbent eum quem voluit teſtator. igitur non debetur uſus qui legatus eſt: quia percipi nequit, re mutata. nec debetur qui percipi poteſt: quia non eſt legatus. hoc in uſufructu. quid in proprietate? ea ſi legetur: non vult teſtator eam, qualis in ſpecie eſt; ſed qualis qualis ſit, legatarii fieri. ita hanc ei non legat ad certum uſum: ſed ut de ea diſponat tamquam dominus ſuo arbitrio: ſive adhibeat eam ad uſum verum; ſive ad alium. proinde ſi duret res; & ipſa & ejus partes debentur. ſin mutata eſt; quamvis ipſa deſierit eſſe: adhuc partes quæ ſuperſunt, debentur. ut enim non præbeant priorem uſum, tamen præbent alium: nec teſtator ad ſuum, ſed ad legatarii, uſum reſpexit: dans ei proprietatem: id eſt, jus pro arbitratu ſuo de re diſponendi; ſive talis maneat, ſive alia fiat.

Cæterum ut amittitur uſusfructus, mutata re fructuaria, ita reſtituitur, ea reverſa ad priorem formam: modo id fiat intra tempus quo uſusfructus non utendo amittitur. ſic Veteres reſpondiſſe, refert Marcellus *l.* 71. *D. de uſufructu*, verbis ſequentibus. *Si in area cujus uſusfructus alienus eſſet, quis ædificaſſet intra tempus quo uſusfructus perit, ſuperficie ſublata reſtitui uſumfructum, Veteres reſponderunt.* Sic Florentiæ interpungit Taurellius; & fere ſequuntur cæteræ editiones. res poſtulat. *Si in area cujus uſusfructus alienus eſſet quis ædificaſſet: intra tempus quo uſusfructus perit, ſuperficie ſublata, reſtitui uſumfructum, Veteres reſponderunt.* Hoc modo interpunxiſſe videntur Græci, *Baſilic. lib.* XVI. *tit.* 1. *pag.* 262. *tom.* 2, Fabroto interprete ſic transferentes. *Si in area in qua uſumfructum habeo, alius ædificavit, & ædificium diſſolutum ſit intra tempus quo uſusfructus non utendo perit, uſusfructus mihi reſtituitur.* Senſus: Si poſt uſumfructum mutatione formæ rei fructuariæ extinctum, vetus ejus rei forma reſtauretur intra tempus quo non utendo perit uſusfructus: deſinit cauſa ſublati uſusfructus, extante rurſus forma rei cujus legatus eſt uſusfructus. vult igitur ratio, uſumfructum perinde deberi rurſus; quaſi interim magis ceſſaſſe, quam extinctus eſſe intelligatur. Sic: ſi rei forma reſtauretur intra tempus quo non utendo perit uſusfructus. at poſt id tempus non reſtituitur ipſo jure uſusfructus: ſed nova ceſſione opus habet. hoc in uſufructu indicat Julianus *l.* 7. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur*, & in prædii ſervitute Javolenus *l.* 14. *D. Quemadmodum ſervitutes amittuntur.* ita proprietarius, ſi quid fecit quo mutaretur res fructuaria, & interiret uſusfructus, fructuario tenetur ad renovationem *d. l.* 14. Qua actione? fac, quæ eſt ſpecies *l.* 18. §. 2. *D. de dolo malo*, incendiſſe inſulam cujus legatus erat uſusfructus. aliquis putet, dandam eſſe de dolo actionem. ſed Ulpianus negat: quoniam, inquiens, aliæ ex hoc oriuntur actiones. recte: nam exuſtis a domino ædibus, fructuario competit utilis legis Aquiliæ actio, & ſupervacua eſt de dolo actio, quamdiu alii locus eſt. quid, ſi in area poſitum ſit ædificium? jam pretioſior, aut non deterior facta eſt area: nec poteſt ex lege Aquilia agi, nullo dato damno. quid ergo? ait Ulpianus *l.* 5. §. 3. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur*, proprietarium hoc facientem, teneri ex teſtamento vel de dolo: illa, impoſito ante traditionem uſusfructus ædificio: hac poſtea; certo, quod non poteſt fructuarius ex teſtamento adverſus heredem agere poſt traditum ex teſtamento uſumfructum. nec magis poteſt fructuarius experiri actione confeſſoria, extincto rei mutatione uſufructu: neceſſaria igitur eſt de dolo actio: ut ex Juliano ait Paulus *l.* 9. *D. Si ſervitus vindicetur.* Ait Pomponius *l.* 6. *D. Quibus modis uſusfructus amittitur*, fructuario etiam competere interdictum, Quod vi aut clam. id vero ſi eſt: magis eſt, ut & hic ceſſet de dolo actio.

Reſtituitur igitur uſusfructus, mutatione formæ rei fructuariæ amiſſus: modo eadem quæ fuit, deinde reſtauretur forma. quod imprudentibus ſæpe videtur; cum non ſit. ac maxime id contingit reſtauratione ſpeciei novæ, & priori ſimilis. quo caſu difficile eſt: ut reſtituatur uſusfructus: quia nova illa ſpecies, etſi priſtinæ ſimilis, non eſt ea cujus legatus fuit uſusfructus: ſed eſt alia cujus non fuit legatus uſusfructus. finge: competit mihi uſusfructus domus. hæc fit area, incidente ruina aut incendio: rurſus domus. negat Paulus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 34, reſtitui uſumfructum domus. ſcio: aliud eſt, domo per partes refecta, & ſic omni nova facta. ſed refert: quod refecta, eadem manet domus, perſeverante ſpecie, ut ut mutatis omnibus ejus partibus *l.* 76. *D. de judiciis.* cæterum nova facta, utcumque ſimilis, alia eſt. neſcio, an huc eat illud Juvenalis, *ſat.* 14. *verſ.* 308.

— — — Dolia nudi
Non ardent Cynici: ſi fregeris altera fiet
Cras domus, atque eadem plumbo commiſſa manebit.

Ulpianus certe ſic diſputat *l.* 10. §. 1. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur.* Verba Ulpiani. *Non tantum, ſi ædes ad aream redactæ ſint, uſusfructus extinguitur, verum etiam, ſi demolitis ædibus, teſtator alias novas reſtituerit. plane, ſi per partes reficiat. licet omnis nova facta ſit, aliud erit nobis dicendum.* Ulpianus, *demolitis*, inquit, *ædibus:* nec eſſe quod reprehendatur, optime notarunt jam Doctiſſimi Viri, Briſſonius, *Parerg. n.* 30. *pag.* 679, & Dukerus *ad Opuſc. var. de Latinit. Vet. Juriſc. pag.* 328. Sed hoc obiter. Ulpianus duos tractat caſus. unus eſt de dirutis & reſtitutis ædibus. alter de refectis per partes. hic clarus. ille adjuvandus. pone igitur: Teſtator legat uſumfructum ædium. is teſtator eis demolitis, mox alias reponit. an debetur uſusfructus novarum ædium? negat Ulpianus; & recte: quia cedente uſusfructus die, non ſunt ædes quarum legatus eſt uſusfructus. demolitæ enim ſunt a teſtatore. at reſtituit demolitas. non ita eſt, inquit Ulpianus: alias novas reſtituit, harum vero uſusfructus non eſt legatus. idem in nave Ulpianus; ſi diſſoluta ſit, licet iiſdem tabulis, nulla præterea adjecta, reſtaurata ſit *d. l.* 10. §. 7. In primis autem hoc jus eſt, nave aut domo diſſoluta: hoc animo, ne reſtituatur; ſed ut materia in alios uſus convertatur. tum enim, etſi mutato conſilio, rurſus domum aut navem faciat teſtator, atque ex eadem materia; tamen priorem peremptam, ſequentem aliam eſſe, omnes opinati ſunt.

At quid, ſi non hoc animo diſſoluta ſit domus aut navis: ſed uti reſtituatur? hic vereor: ne in partes iverint Veteres. Ulpianus certe *d. l.* 10. §. 1. *&* 7. ſe adſcribit Sabino: exiſtimanti, adhuc extinctum eſſe uſumfructum; neque eamdem, ſed aliam videri domum aut navem reſtitutam. idemque Africano ſedet *l.* 36. *D. de uſufructu.* An & Paulo? pæne hæreo. eſt enim mihi ſuſpicio, illum humanitati dediſſe in propoſito: uti a ſtricto jure recederet; & domo diſſoluta hoc animo, uti reſtituatur, interpretaretur, priorem quidem domum nondum intercidiſſe, ſequentem vero non novam, ſed eamdem videri. idemque in nave eſſe: nam reſoluta; hac mente, ut in alium uſum deſtinarentur tabulæ, licet mutato conſilio, reficiatur navis: priorem eſſe peremptam, & poſteriorem intelligi aliam. cæterum non hoc animo, ſed reficiendæ navis cauſa, refixis omnibus tabulis, navem nondum intercidiſſe; & rurſus compoſitis, eamdem quæ fuit, eſſe incipere. ita Paulus *l.* 83. §. 5. *D. de verborum obligationibus, &* *l.* 98. §. *ult. D. de ſolutionibus*, atque, ut mihi videtur, magis populari ſenſu, quam ex arte. quomodo & Tertullianus, *De reſurrectione carnis c.* 60, *Niſi forte*, inquit, *& navem ſine carina, ſine prora, ſine puppi, ſine compaginis totius incolumitate, ſalvam aſſeverabis. Et tamen navem procella diſſipatam, vel carie diſſolutam, redactis & recuratis omnibus membris, eandem ſæpe conſpeximus, etiam titulo reſtitutionis gloriantem.* Sed ut ad Paulum revertar: ille *l.* 20. §. 2. *D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum* hoc plus ex hujuſmodi infert principiis ad tuitionem ſervitutis ſtillicidii, ædificio cui debeatur, ſublato, ut eadem ſpecie & qualitate reſtitueretur. verba Pauli talia ſunt. *Si ſublatum ſit ædificium ex quo ſtillicidium cadit, ut eadem ſpecie & qualitate reponatur: utilitas exigit, ut idem intelligatur. nam alioquin, ſi quid ſtrictius interpretetur, aliud eſt, quod ſequenti loco ponitur: & ideo, ſublato ædificio uſusfructus interit: quamvis area pars eſt ædificii.* Nolim, faſtidioſum aliquem offendi verbo, *interpretetur:* quo paſſive utitur Paulus. nam id non fieri præter morem Veterum, ab aliis dudum obſervatum eſt. vid. D. Dukerum, *pag.* 334. *Operis* ſæpius allegati. Paulus vult, ſi ſtillicidium debeatur ædificio: idque tollatur, non hoc animo, ne ſit: ſed ut eadem ſpecie & qualitate reponatur: ſtillicidium ſtricto jure periiſſe: quia deſiit ædificium cui ſtillicidium debebatur; & quod reſtitutum eſt, aliud eſt; quamvis ea poſitum in area in qua prius fuerat. debebatur enim ſtillicidium non areæ, licet area ſit ædificii pars & potiſſima, ſed ædificio; unde & dicitur in ſuperficie conſiſtere *d. l.* 20. *pr.* & ſi uſusfructus ſit ædificii, idque tollatur, ſimiliter ſubtili jure interit uſusfructus, quamvis area quæ pars ædificii eſt, ex eo ſupereſt: quia non fuit areæ uſusfructus, ſed ſuperficiei, id eſt, ædificii; & ideo quamvis area ſupereſt ex ædificio, eo tamen ſublato perit uſusfructus. Hoc quidem infit Paulus, ſi quid ſtrictius interpretetur: ſed addit, utilitatem, id eſt, æquitatem, exigere: ut idem intelligatur ædificium quod

ſe-

Digitized by Google

ſequente ponitur loco. nempe, quia non ideo ſublatum eſt ædificium, ut pereat ſervitus, ſed ut melius ædificium reſtituatur: licet igitur ſubtilitas velit, extingui ſtillicidium, neque eo nomine competere directam actionem, quia re vera periit ædificium cui ſtillicidium debebatur: tamen ſi pinguius, ſive populari modo & ſenſu, res pro communi utilitate accipitur, adhuc debebitur ſtillicidium: quaſi idem ſit ædificium; dabiturque eo nomine utilis in rem actio ex ſententia Pauli *l.* 31. *D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum.* & eſt obſervandum: (poteſt enim huc transferri nulla rationis offenſione) quod idem Paulus *l.* 14. *D. de exceptione rei judicatæ*, agens de exceptione rei judicatæ, *Idem*, inquit, *corpus in hac exceptione non utique omni priſtina qualitate vel quantitate, nulla adjectione deminutioneve facta: ſed pinguius pro communi utilitate accipitur.* Hoc igitur exemplo, puto, ſi teſtator leget uſumfructum domus aut navis; eamque hoc animo diſſolvat, ut meliorem reſtituat: vere dicemus, ex Pauli ſententia deberi uſumfructum reſtitutæ domus aut navis. ſcilicet, quia ſi quid ſtrictius interpretetur, alia quidem eſt domus aut navis, quam cujus legatus eſt uſusfructus: ſed ſi rem pinguius æſtimemus ex voluntate teſtatoris, ſuadente æquitate, adhuc eſt domus aut navis cujus legatus eſt uſusfructus. Forte durior tibi videbitur hæc noſtra Pauli interpretatio. quin dices, aliam eſſe rationem uſusfructus, aliam ſtillicidii; eamque differentiam a Paulo notari *d. l.* 20. §. 2. *D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum.* Sed male. non hoc agit Paulus. tantum vult, quod dixi, ſtillicidium non in ſolo conſiſtere, ſed in ſuperficie, exemplo uſusfructus. non opus argumentis. manifeſta Pauli ſententia vel eo: quod, puto, ex Sabini ſententia Ulpiano placet *l.* 10. §. 8. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur*, quæ eſt ex *lib.* XVII. *Ad Sabinum*, legato quadrigæ uſufructu, ſi deceſſerit unus ex quatuor equis, uſumfructum extingui, & ne in reſiduis quidem remanere: quoniam quadriga eſſe deſiit. ſed Paulus *l.* 11. *D. eod. tit.* quæ eſt ex *lib.* 3. *Ad Sabinum*; benigne interpretatur, *Niſi alius ante diem legati cedentem ſubſtitutus ſit.* Qua ratione? niſi quia convenit voluntati teſtatoris, equi ſubſtitutione reparantis quadrigam unius morte ſublatam: ut cedente uſusfructus die, rurſus eadem videatur quadriga quæ ante fuit: licet rem ſtrictius interpretantibus, ſit alia. quod & in proprietate probat Papinianus *l.* 65. §. 1. *D. de legatis lib.* 2. Igitur ſic accipiamus Paulum *d. l.* 20. §. 2: quaſi non diſtinguat ſervitutem urbani prædii ab uſufructu; (quod videtur facere prima facie) ſed quaſi in utroque genere idem jus conſtituat. Subrides, ſat video: quia arbitraris, non ſatis commodam meæ interpretationi eſſe Pauli locutionem, collectionemque hanc *d. l.* 20. §. 2. *Si ſublatum ſit ædificium ex quo ſtillicidium cadit, ut eadem ſpecie & qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intelligatur: nam alioquin, ſi quid ſtrictius interpretetur, aliud eſt, quod ſequenti loco ponitur. & ideo ſublato ædificio uſusfructus interit: quamvis area pars eſt ædificii.* Sed non eſt, quod te moretur hæc diſſerendi forma. eſt ea non inuſitata Veteribus Juriſconſultis: ſimilis certe huic ejuſdem Pauli *l.* 2. §. 16. *D. Pro emptore. Si a furioſo, quem putem ſanæ mentis, emero: conſtitit uſucapere utilitatis cauſa me poſſe, quamvis nulla eſſet emptio. & ideo neque de evictione actio naſcitur mihi, nec Publiciana competit, nec acceſſio poſſeſſionis.* Paulus perſimili utitur forma collectionis locutioniſque illi, quam ex ipſo poſui. Hoc eo diligentius obſervari ſuadeam: ne quis minus aſſuetus lectioni Veterum, temere captet hujuſmodi locutiones breves atque obſcuras. Cæterum ſi fuit ea quam dixi, Pauli ſententia: non fuit omnium communis. Ulpiano certe non placuit *d. l.* 10. §. 7. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur.* & eſt valde notandum: quod is propoſita Sabini ſententia, deinde ait, *Quam ſententiam puto veriorem:* ſignificans, eſſe & aliam ſententiam ſibi minus probabilem & veram. quo modo *l.* 11. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam*, *Quod*, inquit, *& Marcello videtur, & eſt probabilius:* volens, id eſſe probabilius, quam quod viſum Juliano *l.* 51. *D. eod. tit.*

Ita: ſi reſtitutione res fiat nova & diverſa ab ea quæ fuit; etſi maxime ei ſimilis ſit. quid, ſi non fiat nova, ſed maneat ea quæ fuit? verius eſt, reſtituta vetere ſpecie, ejus uſumfructum reſtitui: perinde ac ſi non tam extinctus fuerit uſusfructus, quam interim ceſſaverit: ut ſupra dixi. Ne exemplo res careat: ponamus uſumfructum areæ: in ea area poſitam eſſe ſuperficiem: hanc ruiſſe, vel deuſtam eſſe. quid juris? nempe, ſublata ſuperficie, reſtituitur areæ uſusfructus: ſicut impoſita ſuperficie tollitur: quia reſtituta area, non eſt nova area, ſed ea cujus uſusfructus ab initio erat conſtitutus. atque ita Marcellus *l.* 71. *D. de uſufructu*, verbis paulo ante allatis, & Africanus *l.* 36. *D. eod. tit.*

Idem cenſet Pomponius in agro a mari aut flumine inundato, & rurſus deinde relicto, *l.* 23. *D. Quibus modis uſusfructus amittitur.* nam uſumfructum inundatione amitti: ſicut eo caſu amittitur proprietas: ſed ſi aqua eodem diſceſſit impetu quo venit, reſtitui proprietatem; eoque exemplo etiam uſumfructum reſtitui. ſcilicet, quia inundatus ad tempus ager, nec interim alveus factus, manſit ager qui fuit; neque mutavit ſpeciem, non mutato nomine. verba Pomponii, ſi quis deſideret, talia ſunt. *Si ager, cujus uſusfructus noſter ſit, flumine vel mari inundatus fuerit, amittitur uſusfructus: cum etiam ipſa proprietas eo caſu amittatur. ac ne piſcando quidem retinere poterimus uſumfructum. ſed quemadmodum,*

Digitized by Google

ſi eodem impetu diſceſſerit aqua, quo venit, reſtituitur proprietas, ita & uſumfructum reſtituendum, dicendum eſt. Sic illo loco Pomponius. nec aliter (ita mihi perſuadeo) in *l.* 30. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio*, his verbis. *Alluvio agrum reſtituit eum, quem impetus fluminis totum abſtulit. itaque ſi ager, qui inter viam publicam & flumen fuit, inundatione fluminis occupatus eſſet, (ſive paulatim occupatus eſt, ſive non paulatim) ſed eodem impetu receſſu fluminis reſtitutus, ad priſtinum dominum pertinet: flumina enim cenſitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum. itaque ſicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus eſſet, fuiſſet publicus; ita nunc privatus ejus eſſe debet, cujus antea fuit.* Sic Pomponius; & convenienter ſibi: dum hic expungas verba, *ſive paulatim, ſive non paulatim*: quæ, mea ſententia, ſunt Interpretis: exiſtimantis, a Pomponio æque de alluvione, ac de inundatione diſputari: eo quod videret, ab eo prius fieri mentionem *alluvionis*, & mox *inundationis fluminis*. plane inconſiderate. nam Pomponius *alluvionem* non accepit pro latente fluminis incremento; quo modo plerumque uſurpatur: ſed, ut in *l.* 14. *D. Quemadmodum ſervitutes amittuntur*, pro receſſu fluminis, & quidem ſubito: cujus etiam mentio fit in ſequentibus *d.* §. 3. verbis. ſed hoc oſtendit totius tenor loci connexioque. evincit certe, Pomponii ſermonem non eſſe de alveo lente mutato per alluvionem: ſed de temporali inundatione qua non ſit factus novus alveus. an alio ſpectat, quod ait, agrum *impetu fluminis* eſſe ablatum: item, eſſe *inundatione fluminis* occupatum: & rurſus, agrum *eodem impetu* receſſu fluminis reſtitutum: id eſt, pari impetu quo fuerat inundatus? poſtremo ait Pomponius, hunc fundum manere privatum ejus, cujus antea fuit; & addit rationem, eamque duplicem: una eſt, quod hic ager non fuit in alveum converſus: altera eſt quod is fuiſſet publicus, ſi eſſet alveus fluminis factus. Sed certa hæc, opinor, & vera. parique omnino forma Javolenus *l.* 14. *D. Quemadmodum ſervitutes amittuntur*, *Si*, inquit, *locus per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus eſſet: & intra tempus, quod ad amittendam ſervitutem ſufficit, alluvione facta* (id eſt, receſſu fluminis: ut in d. §. 3. l. 30.) *reſtitutus eſt: ſervitus quoque in priſtinum ſtatum reſtituitur.* Unde apparet, verba illa, *ſive paulatim occupatus eſt, ſive non paulatim*, ut dixi, in *d.* §. 3. *l.* 30. non deberi Pomponio: ideoque vel expungenda eſſe, vel in marginem remittenda.

Hoc: ſi ager magis ſit inundatus, quam in alveum converſus. quid, ſi flumen, alveo mutato, inde manare cœperit? contra placet Javoleno, uſumfructum ita amitti: ut ne recedente quidem aqua reſtituatur: puto, quia is locus alveus factus alluvione, deſiit eſſe ager qui fuit: & deinde a flumine detectus, non eſt ager is qui fuit, ſed novus atque a vetere plane diverſus. & ideo poſtquam alveus publicus eſſe cœperit, neque in priſtinum ſtatum reſtitui poteſt aut prior dominus, aut fructuarius. verba Javoleni ex *l.* 24. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur* hæc ſunt. *Cum uſumfructum horti haberem, flumen hortum occupavit. deinde ab eo receſſit. jus quoque uſusfructus reſtitutum eſſe, Labeoni videtur: quoniam id ſolum perpetuo ejuſdem juris manſiſſet. Sed id ita verum puto, ſi flumen inundatione hortum occupavit. nam ſi alveo mutato, inde manare cœperit, amitti uſumfructum exiſtimo: cum is locus alvei publicus eſſe cœperit, nec in priſtinum ſtatum reſtitui poſſit. idem juris in itinere etiam actuque cuſtodiendum eſſe, ait Labeo. de quibus rebus ego idem quod in uſufructu ſentio.* Hoc Javolenus. Idem viſum Gajo *l.* 7. §. 5. & 6. *D. de adquirendo rerum dominio*: verba Gaji, quo clariorem acciperent intellectum, (obſcuriſſima enim ſunt) ſubjeci: ſunt autem talia. *Quod ſi toto naturali alveo relicto flumen alias fluere cœperit: prior quidem alveus eorum eſt, qui prope ripam prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cujuſque prædii quæ [latitudo] prope ripam ſit: novus autem alveus ejus juris eſſe incipit, cujus & ipſum flumen, id eſt, publicus juris gentium. Quod ſi poſt aliquod temporis ad priorem alveum reverſum fuerit [&] flumen: rurſus novus alveus eorum eſſe incipit, qui prope ripam ejus prædia poſſident.* † *Cujus tamen totum agrum novus alveus occupaverit: licet ad priorem alveum reverſum fuerit flumen; non tamen is, cujus is ager fuerat, ſtricta ratione quicquam in eo alveo habere poteſt: quia & ille ager qui fuerat, deſiit eſſe amiſſa propria forma; & quia vicinum prædium nullum habet, non poteſt ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere. ſed vix eſt, ut id obtineat* §. 6. *Aliud ſane eſt, ſi cujus ager totus inundatus fuerit: namque inundatio ſpeciem fundi non mutat: & ob id cum receſſerit aqua, palam eſt ejuſdem eſſe cujus & fuit.* Hactenus Gajus: & pulchre ac commode: niſi moleſta eſſent verba, *Stricta ratione*, item, *Sed vix eſt, ut hæc obtineant.* Moverunt hæc Interpretes haud ſane ignobiles; ut exiſtimarent, æquitatem in propoſita ſpecie recedere a ſtricto jure; aliudque uſui, aliud ſubtilitati, convenire. Male. primum quantum attinet ad verba, *ſtricta ratione*: ea non ſignificant rationem vanæ ſubtilitatis quam damnet utilitas atque uſus juris: ſed eam quæ cum publica utilitate atque uſu juris conſentiat. eam rationem Juſtinianus appellat *jus ſtrictum*: eique opponit *mollem animum l. ult. C. de compenſationibus*: id eſt, ut ego interpretor, animum non viriliter, neque ex vero, ſed ſolutius, quam par ſit, ſequentem vim humanitatis. Modeſtinus *l.* 19. *D. de appellationibus* talem ſtrictam rationem indigitat *rigorem juris*; addens, ſententiam expreſſim contra eum latam

ſine

Digitized by Google

ſine appellatione reſcindi. Eodem ſenſu Ulpianus in *Fragment. tit.* 25. §. 1. ait, *Fideicommiſſum eſſe quod non civilibus verbis, ſed precative relinquitur, nec ex rigore Juris Civilis proficiſcitur, ſed ex voluntate datur relinquentis.* Sed apparet, ubi fit mentio ſtricti juris, aut ſtrictæ rationis, aut rigoris juris: non ſignificari ſtatim rationem, vana ſubtilitate ſubnixam, atque ut iniquam duramve æquitate mutandam. nec tamen negem, ſtrictam rationem, etſi publica utilitate receptam, majore ſubnaſcente utilitate, aliquando infringi aut laxari una aut altera in ſpecie, manente in cæteris rigore juris. id accidit in *l.* 43. *D. de religioſis*, & §. 10. *Inſt. de mandato.* ſed in *d. l.* 7. §. 5. nihil tale eſt apud Gajum. imo complura ei reſiſtunt. primum utilitas ſervandæ ripæ adverſus vim fluminis quam in *l.* 1. §. 1. *D. de ripa munienda* commendat Ulpianus. accedit, quod Veterum Fragmenta quæ hac de re extant in Pandectis, eam ſtrictam rationem, id eſt, eam regulam, in propoſita ſpecie minime improbant. quin eam palam tuentur. Non eſt quod dubitemus: manifeſta res ex Javoleno *d. l.* 24. & Ulpiano *l.* 1. §. 7. & §. 9. *D. de fluminibus.* Ita prorſus teneamus, quod hinc ſequitur, neque hæc Gaji verba, *ſed vix eſt, ut id obtineat*, in *d. l.* 7. §. 5. eo pertinere: ut corrigant quam dixi, regulam ſive ſtrictam rationem, quaſi humanitati aut uſui minus conſentaneam: contrarium enim verum eſt. ac jam mihi perſuadeo, huc redire Gaji verba: ut illam ſtrictam rationem tantum intra ſubjectam coerceant ſpeciem: ſenſuſque ejus ſit, Vix eſſe, ut id obtineat ſemper, agro a flumine occupato: fallere enim, ſi tantum inundatus proponatur ager, non etiam mutatus, neque in alveum converſus. ita, mutata per alluvionem agri forma, non manere agrum privatum ejus cujus fuit, ſed fieri alveum publicum jure gentium, id eſt, nullius; relictumque a flumine, numquam reverti ad priorem dominum: non enim poſſe eum adhuc ſuum dicere agrum qui eſt alveus factus; & a flumine relictus, cœpit eſſe pars vicini fundi. at non idem eſſe, ſi tantum ad tempus inundatus fingatur ager; non etiam ſublatus, atque in alveum converſus: tum enim quia manet ager idem qui fuit, fluminis receſſu ad eum cujus fuit reverti: non ſubſecuta cauſa, cur non ejus eſſe intelligeretur. Hæc mea ſententia eſt, atque ipſa convenit certo & conſtanti Veterum uſui de quo dixi; nec minus Gaji verbis: ſi præſertim animum advertamus ad connexionem §. 5. & 6. *d. l.* 7: in quibus Gajus ita, ut a me factum, diſtinguit inter agrum ad tempus inundatum, & agrum in alveum lenta alluvione converſum. utique ubi in fine *d.* §. 5. dixit, *Vix eſſe, ut id obtineat*; mox ſubjicit §. 6, *Aliud ſane eſſe, ſi &c.* Ne hoc quidem diſſimulabo: quod Imp. Juſtinianus ex *d.* §. 5. & 6. *d. l.* 7. pleraque tranſtulit in §. 23. & 24. *Inſt. de rerum diviſione*: ſed in his omiſit verba, *ſtricta ratione*, item, *ſed vix eſt, ut id obtineat*; non alio, opinor, conſilio, quam quod ei viderentur, ut ſunt, ſupervacua; & facile imprudentiorem aliquem ſpecie æquitatis diſtinguendæ a ſtricta ratione moratura, contra ſuam & Gaji mentem: atque ad eumdem quoque modum Ulpianus *l.* 1. §. 7. & 9. *D. de fluminibus* (conjungendus enim eſt uterque locus: ſicut olim cohæſit) ſcribit, *Ille etiam alveus quem ſibi flumen fecit, etſi privatus ante fuit, incipit tamen eſſe publicus: quia impoſſibile eſt, ut alveus fluminis publici non ſit publicus. Aliter atque ſi flumen aliquam terram inundaverit, non alveum ſibi fecerit: tunc enim non fit publicum, quod aqua opertum eſt.*

Caput XII.

Intereſſe in amittendo uſufructu: utrum dies ejus ceſſerit, an non. quid, ſi repetitus a teſtatore ſit uſusfructus? quo modo fiat ejus repetitio? & quid, ſi uſusfructus tollatur fructuarii morte, aut mutatione rei fructuariæ?

Habes modos quibus Paulus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 31. & 36. ait, uſumfructum ſiniri vel amitti. adhuc quæris, quid velit Ulpianus *l.* 1. *D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur*, his verbis. *Non ſolum uſumfructum amitti capitis minutione conſtat, ſed & actionem de uſufructu.* puto autem, huc vertit, uſumfructum capitis minutione amitti, poſtquam ceſſit ejus dies: nullo diſcrimine, utrum traditione ſit conſtitutus, & jam uſusfructus appelletur; an non ſit traditus: nam hoc caſu ut nondum ſit uſusfructus, nihilominus eſſe debitum, nata ex quo dies ceſſit, obligatione & actione *l. unic* §. 4. *D. Quando dies legati uſusfructus cedat.* Amittitur igitur capitis deminutione uſusfructus & actio de uſufructu: ſi ceſſit ejus dies. cæterum, ſi ante aditam hereditatem, aut ante diem cedentem quis capite minutus eſt, conſtat non amitti *d. l.* 1. §. 1. quia pure legati uſusfructus dies ante aditam hereditatem non cedit. idem & ſi ex die ſit uſusfructus relictus *l.* 2. *D. Quando dies legatorum.* adeo ſi in ſingulos annos vel menſes vel dies ſit legatus: amittitur is demum qui jam proceſſit: & ſi in annos ſingulos ſit legatus, illius dumtaxat anni uſusfructus: & ſi in menſes, ejus menſis: ſi in dies, ejus diei *d. l.* 1. §. 3. videlicet, quia plura ſunt legata, & temporum commemoratio habet repetitionis poteſtatem. ita cum unius diei aut unius menſis, aut unius

Digitized by Google

us anni ceſſit dies; non utique ſequentium quoque dierum, menſium, annorumve dies ceſſit, amittiturque uſusfructus *l. 2. §. 1. D. eod. tit.* Idem eſt, ſi non utatur fructuarius: nam ſi uſusfructus alternis annis legetur: non poſſe eum non utendo amitti, quia plura legata ſunt, Paulus refert *l. 28. D. eod. tit.* Putemus igitur, ſi ceſſit dies legati uſusfructus, eum capitis deminutione aut inuſu fructuarii amitti: ſive ſit conſtitutus, ſive non ſit: quia tum ut nondum ſit uſusfructus, at debitus eſt, deque eo nata obligatio & actio. quod ſi non ceſſit dies legati uſusfructus: neque ipſum, neque de eo actionem capitis deminutione aut inuſu fructuarii amitti. quid enim eſt quod habuit *l. 26. D. de uſu & uſufructu legato?* quid quod imputetur non utenti? qui ne ſi velit quidem, uti poteſt, priuſquam cedat dies legati uſusfructus *l. unic. §. 1. D. Quando legati uſusfructus cedat.* Hoc: ſi ſit quæſtio de capitis deminutione aut inuſu fructuarii. At ſi de ejus morte agatur: eſt diſtinctius agendum. nam ſi moriatur fructuarius, poſtquam ceſſit dies; & morte amittitur uſusfructus: ſi ante moriatur, ad heredem non transfertur ejus petitio *l. 2. l. 3. D. Quando dies legatorum cedat.* ita proprie loquentibus, non poteſt amiſſus finituſve intelligi uſusfructus qui numquam fuit. cæterum quia periit ejus ſpes: poteſt non improprie amiſſus finituſve videri: non extante qui cedente die fruatur. Inde quæſitum fuit, apud Paulum *l. 26. D. de uſu & uſufructu legato*, cum Sempronius Attalus ab herede ſuo fundum in Italiam Gajo poſt decennium, deducto uſufructu, dari juſſiſſet, & medio hoc decennii ſpatio, heres eſſet vita functus: an poſt tempus decennii, plenus fundus ad legatarium pertineat? negat autem Paulus, pertinere: juris ſubtilitatem quam explicui, conſiderantibus. quem enim heredem dicit teſtator? certo, quod heredis appellatione non modo ſcriptum, ſed ejus heredem quoque exaudimus. hunc porro in præſente ſpecie intellexiſſe teſtator videri poſſit: quia is demum poſt decennium apparet heres: & qui legatus eſt uſusfructus, non eſt heredis: niſi cum dominium, deducto uſufructu, præſtitit. & ideo capitis deminutione vel morte perire non poteſt, quod nondum habuit. idem evenit, inquit Paulus; ſi proprietas, deducto uſufructu, ſub conditione legata ſit, & pendente conditione heres deceſſerit. nam & tunc ab heredis herede incipit uſusfructus, qui ex ejus perſona finietur. Sic Paulus, rem his caſibus, (id eſt, utroque hoc caſu) mera æſtimans Juris ſubtilitate, &, ut dixi, heredis appellatione etiam heredis heredem complectens. cæterum in utroque illo caſu ſi magis æquitatem ſequamur, quam juris ſubtilitatem; ait Paulus, non tam quæri oportere, quid alias heredis appellatione poſſit comprehendi: quam quid eo verbo complexus in propoſito ſit teſtator. eum vero non cogitaſſe heredis heredem qui ei erat incognitus, potius voluiſſe, eum quem ſua dignum judicavit hereditate, etiam legato uſusfructus honorare. atque ita eſt, inquit Paulus: teſtator tantum ſenſit de detrahendo uſufructu eo qui conjunctus ab eo eſſet perſonæ ſcripti heredis. quo extincto, juſſit ad legatarium ſolidam proprietatem pertinere: nec plus tranſmitti ad heredem ſcripti heredis qui nondum cœpit habere uſumfructum, quam ſi eum jam habere cœpiſſet. Sed de capitis minutione, inuſu, & morte fructuarii ſatis. niſi addendum, quod de morte dictum, etiam jus eſſe, ædibus fructuariis, vivo teſtatore, dirutis. nam ea mutatione perit vel futurus uſusfructus; atque ita: ut ne poſſit quidem a fructuario peti, reſtitutis a teſtatore ædibus: ut dictum ſupra ex *l. 10. §. 1. D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur, & l. 36. D. de uſufructu.* Atqui ante cedentem legati diem non eſt uſusfructus, licet futurus ſperetur, cedente die. Sit ita: at non obſtat ratio, quo minus vel ille exſtinctus eſſe intelligatur. ut enim uſusfructus tollitur fructuarii morte: quia cedente die, non erit qui fruatur: ſic ſpes futuri uſusfructus exſtinguitur mutatione rei fructuariæ: quia cedente die, non erit res cujus legatus ſit uſusfructus: & ejus quæ erit, non eſt legatus.

Cæterum ut capitis minutione aut inuſu non amittitur uſusfructus, antequam ceſſit ejus dies: ita his non amittitur a teſtatore repetitus *l. 5. D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur*: quia videtur fructuarius illo caſu & amiſiſſe & reſumpſiſſe uſumfructum *l. 3. §. 2. D. eod. tit.* Dicitur autem repeti uſusfructus: cum teſtator ei cui legavit uſumfructum, eum relegat ſub conditione, Si amiſſus erit *d. l. 3. pr.* idque fieri intelligitur: non modo ſi repetitionem palam indigitet verbis: ſed etiam ſi id faciat tacite. Palam a teſtatore fit repetitio; cum legat uſumfructum ſub conditione, Si amiſſus erit: ſive nominatim dicat, Quoties amiſſus erit; vel cum amiſſus erit *d. l. 3.* Tacite fit repetitio; cum alicui legatur uſusfructus, quamdiu vivet; aut ad tempus, puta biennium; aut ſi alicui relictus ſit uſusfructus in annos ſingulos, aut menſes aut dies. nam hic quoque dicendum eſt, temporum commemorationem repetitionis poteſtatem habere *l. 2. §. 1. D. eod. tit.* quia ejuſmodi legatum, ut plura legata, habetur, & ejus legati dies cedit per ſingula tempora *l. 1. D. Quando dies legatorum cedat.*

Igitur dupliciter fit repetitio: palam vel tacite. hæc prius recepta. illa poſterius: forte, quod repetitione uſusfructus, capitis deminutione aut qua alia ratione exſtincti, credebatur fraus fieri juri publico, uſumfructum certis modis exſtinguenti, & ad proprietatem remittenti. Obtinuit tamen ejus repetitio ſub hoc ſchemate: quaſi is qui fuit, non ſe-

ſequens, exſtinguatur; denique quaſi fructuarius eodem momento veterem amittat & novum reſumat *d. l. 3. §. 2. D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur*. ſed ut prius, ſic facilius, tacita invaluit repetitio: utpote cum relegatus eſſet uſusfructus in annos ſingulos: eo quod expreſſa nocent; non expreſſa non nocent. recepta tamen tacita illa repetitione, deinde probata quoque videtur manifeſta *d. l. 3.* auctore in primis Antonino. Notavit id Junius Mauritianus *l. 23. D. de uſufructu legat.*: ſi recte concipiantur ejus verba. Florentiæ editur. *Licet teſtatori repetere legatum uſusfructus, ut etiam poſt capitis deminutionem deberetur: & hoc nuper Imperator Antoninus ad libellum reſcripſit, tunc tantum eſſe huic Conſtitutioni locum, cum in annos ſingulos relegaretur*. Apud Haloandrum & Ruſſardum eſt, *tunc tamen*. Sed reſtituendum, *nec tantum*: quod veriſſime obſervavit V. Cl. Jacobus Cujacius, *lib. 14. Obſerv. c. 17.*

Igitur repeti poteſt amiſſus uſusfructus, & (ut Ulpianus ait *l. 5. D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur*) qualicumque ratione amiſſus: dummodo non morte. recte: nam morte finitus, etſi repetitus, clara ratione non debetur fructuario, quia non exiſtit: neque ejus heredibus, quia his non eſt legatus. Si tamen teſtator uſumfructum, poſt fructuarii mortem, legaverit ejus heredi: adhuc putat Ulpianus, uſumfructum in perſona heredis conſiſtere, evidente teſtatoris voluntate.

Caput XIII.

Non videri alios eſſe modos exſtinguendi Jure Civili uſusfructus, præter enumeratos a Paulo lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 31. & 36.

Expoſui modos quibus Paulus *lib. 3. Sent. tit. 8. §. 31. & 36.* ait, uſumfructum amitti vel finiri. nec memini, alios tradi a Veteribus. putemus igitur, modos a Paulo enumeratos, eſſe certos illos: quibus, auctore Gajo *l. 3. §. 2. D. de uſufructu*, placuit uſumfructum exſtingui & ad proprietatem reverti. ita vix opus eſſet, hic moneri, niſi Gajus vel id ſuæ eſſe diligentiæ voluiſſet *l. 19. D. Quibus modis uſusfructus vel uſus amittitur, Neque uſumfructum, neque iter, actumve dominii mutatione amitti*. primum convenit definitioni Gaji, quod ſive moriatur, ſive capite minuatur proprietarius, ejus morte aut capitis deminutione, etſi contingat dominii mutatio, non tollitur uſusfructus: quod & Antoninus reſcripſit Antoniano *l. 3. §. 1. C. de uſufructu*. deinde conſequens eſt Gaji ſententiæ; ne amittatur uſusfructus; ſi proprietatem alienet dominus. nam uſusfructus quia eſt jus in re fructuaria, eam ſequitur; ſive hujus ſit, ſive illius. utique, ſi rem fructuariam dominus volens alienet: eo quod non eſt æquum bonum, ut is facto ſuo deteriorem faciat fructuarii conditionem. ſed quid, ſi invitus alienet proprietatem, verbi gratia, noxæ deditione: nolens, ſarcire ſervi noxiam? nec ſic amittitur uſusfructus: ut nec uſucapione proprietatis, poſt conſtitutum uſumfructum contingente *l. 17. §. 2. D. de uſufructu*. nimirum quia uſusfructus nulla dominii ſocietate conjungitur: non magis, quam pignus *l. 44. §. 5. D. de uſurpationibus & uſucapionibus*. plane etſi noxæ deditione a domino proprietatis facta, non tollatur uſusfructus: tamen tenetur dominus, cum ſervum noxæ dat, non tantum proprietatem dedere, ſed uſumfructum quoque. & ideo placet, eum poſſe impetrare a Prætore; uti cogat fructuarium aut ad litis æſtimationem conferre pro æſtimatione uſusfructus; aut uſumfructum cedere, ſi hoc expediat. viciſſim ſi ego dominus proprietatis nolim eum ſervum defendere; etiam permittenda tibi defenſio eſt; & ſi damnatus hominem trades, & adverſus me tueris *l. 17. §. 1. D. de noxalibus actionibus*. His etiam conſequens eſt; ut ſi ſolus condemnatus fuerit proprietarius; non deneganda ſit fructuario uſusfructus perſecutio: utique, ſi offerat litis æſtimationem ei qui ſervum noxæ accepit: ſed ſi eam non offerat; etiam debebit ei negari uſusfructus perſecutio *d. l. 17. §. 2. D. de uſufructu*.

Caput XIV.

De remediis ad tuendum uſumfructum proditis. & primum de actione confeſſoria, diſtincta a negatoria.

Tempus eſt: ut cogitemus de remediis ad tuendum uſumfructum comparatis. nam de his quoque pauca tradere promiſi. prima cura erit de actione quæ pro vindicando uſufructu comparatur. illa eſt confeſſoria, diſtincta a negatoria: auctore Ulpiano *l. 5. §. ult. D. Si uſusfructus petetur, & l. 2. D. Si ſervitus vindicetur*: quas leges, cum ambæ ſint ex Ulpiani *lib. 17. Ad Edictum*, confert Jacobus Labittus *Uſu ſecundo Indicis n. 26*, po-

ſterioremque ex priore pendere, ſatis probabiliter. exiſtimat. Actio confeſſoria dicitur a confitendo. confiteri eſt, affirmare: ut commode annotavit Scipio Gentilis, Notis ad Apuleji *Apologiam n.* 716. *pag.* 355. Confeſſoria igitur actione petitur uſusfructus, ſive ſit totius rei conſtitutus, ſive partis *d. l.* 5. §. 2. eſt vero confeſſoria in rem actio: eaque intendit quis, eſſe ſibi jus fundo forte vel ædibus utendi fruendi §. 2. *Inſt. de actionibus*. hoc vero poteſt intendere ſolus qui habet uſumfructum a proprietate ſeparatum. nam ſi proprietatem comitatur uſusfructus: magis dominium, quam uſusfructus vocatur. ita confeſſoria non agit dominus: ſi ejus fundo alius, eo invito, utatur fruatur: aut ſi ipſe ab alio prohibeatur fundo ſuo uti frui. contra agit dominus actione negatoria; eaque dicit, non eſſe alii jus, ſe invito, ſua re utendi; vel ſibi jus eſſe prohibendi *d. l.* 5. ut paulo poſt dicetur. Datur igitur confeſſoria ei qui poteſt dicere, ſibi jus eſſe, re fructuaria uti frui. id autem ut poſſit dicere, non ſufficit, eum probare, ſibi promiſſum eſſe uſumfructum, id eſt, eum ſibi deberi aliqua obligatione. nam obligationum ſubſtantia non in eo conſiſtit, ut aliquod corpus noſtrum, aut aliquam ſervitutem noſtram faciat: ſed ut alium nobis obſtringat ad dandum aliquid vel faciendum vel præſtandum *l.* 3. *D. de obligationibus & actionibus*. igitur hoc plus probare eum oportet, ſibi a domino conſtitutum eſſe uſumfructum modis iis quibus eum conſtitui, in ſuperioribus docui. Quid, ſi hoc potuit intendere: nunc non poteſt amiſſo uſufructu inuſu? non datur ei confeſſoria actio: quia jam non poteſt dicere, ſuum eſſe uſumfructum: licet aliquando potuerit *l.* 3. *D. Si uſusfructus petetur*.

Intelligis cui detur actio confeſſoria. exſpectas, adverſus quem detur. & ait Ulpianus, Julianum ſcribere, dari adverſus rei fructuariæ poſſeſſorem: non modo dominum qui conſtituit uſumfructum: ſed etiam adverſus quemvis alium *d. l.* 5. §. 1. & recte: cum enim uſusfructus ſit jus in re, ex quo naſcatur confeſſoria in rem actio; rationis eſt, ad quemcumque devenerit res fructuaria, eam ſequi confeſſoriam ad vindicationem uſusfructus, hoc eſt, juris ea in re, competentem. Ulpianus *d. l.* 5. §. 1. id firmat ſequente argumento: *Nam &, ſi fundo fructuario ſervitus debeatur, fructuarius non ſervitutem, ſed uſumfructum vindicare debet adverſus vicini fundi dominum*. Senſus ejus argumenti eſt, Si vicinus fundus ſerviat fundo fructuario, & fructuarius a domino ſervientis fundi prohibeatur uti frui ſervitute fundi fructuarii, poſſe fructuarium, licet non ſit dominus fructuarii fundi, eoque nequeat vindicare ſervitutem ejus fundi: tamen poſſe adverſus ſervientis fundi dominum vindicare, ſuum eſſe uſumfructum dominantis fundi. quod veriſſimum eſt: nam ſervitus fundo fructuario debita eſt ejus fundi jus, ſive qualitas: atque ut fructuarius habet uſumfructum fundi fructuarii, ſic habet uſumfructum jurium ſive qualitatum fundi. habet igitur uſumfructum ſervitutis fundo fructuario debitæ: ac ſi a domino fundi ſervientis prohibeatur uti frui ſervitute: non quidem vindicat, ſervitutem eſſe fundi ſui; quia fundus cui ſervitus debetur, non eſt ejus: ſed uſumfructum fundi cujus portione uſus ſervitutis cenſetur, ſuum eſſe, optimo jure vindicat. ut igitur dixi, datur ei qui poteſt dicere, uſumfructum rei ſuum eſſe, actio confeſſoria adverſus quemvis poſſeſſorem rei fructuariæ: ſive ſit ejus dominus, ſive quivis alius. quomodo rei corporalis vindicatio datur ei qui poteſt eam rem ſuam dicere, adverſus qualemcumque ejus poſſeſſorem ſine diſcrimine.

Illud proprium eſt actionis qua res incorporalis vindicatur: ut detur etiam poſſeſſori adverſus eum qui non poſſidet *d. l.* 5. §. *ult.* & *l.* 6. §. 1. *D. Si ſervitutis vindicetur*. nam, ut diligentiſſime diſputat D. Vinnius *ad.* §. 2. *Inſt. de actionibus*, corporalium rerum vindicatio numquam poſſeſſori datur adverſus eum qui non poſſidet *l.* 1. §. 6. *D. Uti poſſidetis*: eo quod dominus, quamdiu rem corporalem poſſidet, ea libere uti poteſt: eſtque finis in rem actionis: ut domino reſtituatur poſſeſſio *l.* 9. *D. de rei vindicatione*, & is re ſua libere utatur. non eſt igitur domino rem ſuam corporalem poſſidenti prodita in rem actio. at in uſusfructus cæterarumque ſervitutum petitione aliter eſt. ſunt enim incorporales: quarum nulla eſt vera poſſeſſio, cum nulla ſit detentio: tantum fingitur earum quaſi poſſeſſio ex uſu dominantis & patientia ſervientis *l.* 3. *D. de uſufructu*, *l.* 11. §. 1. *D. de Publiciana in rem actione*, *l.* 1. §. *ult. D. de ſervitutibus ruſticorum prædiorum*. quamdiu autem in ea patientia perſeverat ſervitutis debitor, poſſidet illam cui debetur. ſi non perſeverat: turbatur alterius uſus & quaſi poſſeſſio; recteque agit actione confeſſoria: ut ei liceat ſua ſervitute libere uti. credidit aliquando Eguinarius Baro, hoc agi ab Imp. Juſtiniano in §. 2. *Inſt. de actionibus*; eaque cauſa non timuit, pro *Sane uno caſu qui poſſidet, nihilominus actoris partes obtinet*, quomodo paſſim editur, reponere, *Sane hoc uno caſu*. probabili emendatione, non neceſſaria: Juſtiniani verba ex ſententia Jacobi Cujacii *Notis ad d.* §. 2, & Hannibalis Fabroti *Notis ad Theophilum*, prudenter accipientibus; quaſi dixiſſet, unum hunc venire caſum & notabilem quo qui poſſideat, nihilominus actoris partes obtinet. bene quoque, obſervat D. Cujacius, ſequentia Imperatoris verba, *Sicut in latioribus Digeſtorum libris opportunius apparebit*, non generaliter indigitare Digeſtorum libros: ſed Titulos qui in Digeſtis ſunt, *Si uſusfructus petetur*, & *Si ſervitus vindicetur*.

Nunc

Nunc de officio Judicis in hac actione videamus: cum autem arbitraria ſit hæc actio ad reſtituendum comparata; oportet Judicem cognoſcere; an ſibi probatum ſit, uſumfructum eſſe petitoris. quod ſi non putet: debet reum abſolvere. ſin putet: declarat, eum petitoris videri *l.* 8. §. 4. *D. Si ſervitus vindicetur.* præterea jubet, rem fructuariam a reo, ſi poſſideat, petitori reſtitui *l.* 5. §. 3. & *ult. D. Si uſusfructus petetur*: ſi non poſſideat, ſed vim faciat poſſidenti; jubet, eum a vi abſtinere, & petitori relinquere licentiam ſecure utendi fruendi re fructuaria *l. pen.* §. *ult. D. eod. tit.* nec minus ejus ſervitutibus: quia ſi patiatur, eum re fructuaria uti frui; & nolit, eum uti frui ejus ſervitutibus: perinde eſt, ac ſi non patiatur, re fructuaria uti frui, quem non patitur re fructuaria cum ſuis qualitatibus & juribus uti frui *l.* 1. *pr. D. eod. tit.* Idem eſt dicendum de cæteris adminiculis ſine quibus re fructuaria uti frui omnino nequeat *d. l.* 1. §. 1. & *ſeqq.* Jubet igitur Judex, fructuario reſtitui uſumfructum, etiam ſervitutes & adminicula. Huic vero juſſui ſi pareat reus; abſolvitur: ſi non pareat; tum ſi quidem fecerit dolo malo, quo minus poſſit, tanti condemnatur, quanti in litem juraverit fructuarius. quod ſi non dolo fecerit, ſed culpa; non pluris, quam quanti res eſt, condemnatio fit. quod ſi deſierit poſſidere ſine dolo & culpa; abſolvendus eſt *l.* 68. *D. de rei vindicatione.* At enim Paulus *l. ult. D. Si uſusfructus petetur*, *Qui*, inquit, *de uſufructu judicium accepit, ſi deſierit poſſidere ſine dolo, abſolvetur.* Sed id ſic accipiendum; quaſi dicat Paulus, reum, ſi deſierit poſſidere ſine dolo malo, abſolvi: niſi arguatur aliqua ejus culpa. nam hoc convenit æquitati Judicis, jubentis reſtitui: & in corporalis rei vindicatione quam hac in parte imitatur confeſſoria, idem ſic ſcribit Paulus *l.* 27. §. 1. *D. de rei vindicatione*: *Quod ſi litis conteſtationis tempore poſſedit, cum autem res judicatur, ſine dolo malo amiſit poſſeſſionem, abſolvendus eſt poſſeſſor.* Et tamen ait Ulpianus *l.* 15. §. 3. *D. eod. tit.* teneri poſſeſſorem non modo ſi poſſeſſionem amiſerit dolo malo; ſed etiam ſi culpa. Fere mihi exciderat, quod Ulpianus *d. l.* 5. §. 3. *D. Si uſusfructus petetur* ſic ſcribit. *In his autem actionibus quæ de uſufructu aguntur, etiam fructus veniunt.* Locutione minime inepta: ut pridem bene obſervavit Vir doctiſſimus, Carolus Andreas Dukerus, *Animadverſ. ad Opuſc. de Latin. Juriſc. Veter. pag.* 331. Igitur age, addamus: quod Judex jubens, uſumfructum reſtitui, etiam de fructibus addere debet: eo quod Prætor volens reſtitutionem fieri Judicis arbitrio, plenam intelligit reſtitutionem: id eſt, reſtitutionem non ſolius uſusfructus, ſed omnis præterea cauſæ *d. l.* 5. §. 4. & redditur ratio; quod quale eſt, cum petitur, tale dari debet *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *D. de uſuris*: & convenit arbitrio viri boni quod Prætor Judici commendat; ne mora litis fiat, ne omne habeat petitor, quod habiturus foret, ſi eo tempore quo judicium accipiebatur, res ſua illi reſtituta fuiſſet *l.* 20. *l.* 35. §. 1. *D. de rei vindicatione.* Oportet igitur, ut res petitori reſtituatur, etiam fructus reſtitui: in primis ſi rem non poſſideat. alioquin nihil conſequitur fructuum nomine *d. l.* 5. §. 6. quia aut percepit fructus, & nihil eſt quod petat: aut non percepit, cum poſſet percipere; & habet quod ſibi, non quod adverſario imputet. quod ſi finitus ſit uſusfructus poſt litem de uſufructu conteſtatam: deſinunt ulterius deberi fructus. nam & ſi mortuus fuerit fructuarius: danda heredi ejus dumtaxat actio præteritorum fructuum *d. l.* 5. §. 4.

Jubet igitur Judex, uſumfructum petitori reſtitui. quid, ſi tempore ſit amiſſus, alio poſſidente, alio ſe liti offerente? renovandus eſt: quia oportet eum reſtitui, non ſimpliciter; ſed ea in cauſa in qua fuit tempore litis conteſtatæ: quo tempore nondum erat amiſſus. nec tamen ſufficit, a reo renovari uſumfructum. quid enim, ſi ſervum aut fundum is qui poſſidebat, pignori dederit, & fructuarius jure uti prohibeatur ab eo qui pignori acceperit? amplius igitur oportet reum cavere de evictione *d. l.* 5. §. 5.

Sed ut fructuarius habet actionem confeſſoriam qua petit, ſuum eſſe uſumfructum: ita competit domino proprietatis actio negatoria qua negat, eſſe adverſario jus, ſe invito, re ſua utendi fruendi *d. l.* 3. is verò agendi modus in rebus corporalibus non eſt proditus: quia, ut optime obſervat Theophilus, oportet unumquemque cum alio acturum, magis ſuo jure, quam alieno vitio niti. debet igitur in rei corporalis vindicatione actor dicere: Illum fundum meum eſſe, ajo. non ſufficit, ſi dicat: Nego, illum eſſe poſſeſſoris. nam ſi ita agat: ei reponet poſſeſſor: Fundus hic meus eſt; & ſi non eſt meus, non idcirco eſt tuus: porro ſi neque meus, neque tuus eſt, tamen te vinco: quia in pari cauſa potior eſt conditio poſſidentis, quam ejus qui non poſſidet. Sic in re corporali. aliud in uſufructu & cæteris ſervitutibus. nam in his domino fundi datur actio negatoria: nec is ideo ſic de alieno jure contendit; etſi res prima fronte ſpectet ad alieni juris contradictionem. eſt enim hic exitus: ut ad proprii juris vindicationem pertineat: cum enim inter me & te conſtet, meum eſſe fundum in quo tuam eſſe ſervitutem ais: apparet, non poſſe te, me invito, meo in fundo habere jus ſervitutis. proinde ſi nego, tibi jus eſſe utendi fruendi: fundi mei libertatem mihi vindico; nec de tuo, ſed meo jure experior. quod ſi forte qui agit, dominus proprietatis non ſit, quamvis fructuarius jus utendi non habeat: vincet tamen jure quo poſſeſſores ſunt potiores, licet nullum jus

habeat *d. l. 5.* quod & optime ſic tradidit Clariſſimus meus Collega, D. Johannes Voet, Vir Eximius, & Doctus, *Comment. ad tit. Pand. Si uſusfructus petetur*, *n.* 1.

Datur igitur actio negatoria domino proprietatis adverſus quem? ſine dubio adverſus poſſeſſorem. eſt enim hoc commune omnium in rem actionum: ex quibus hæc quoque eſt *l. 2. D. Si ſervitus vindicetur.* illud proprium tam negatoriæ, quam confeſſoriæ actionis: quod etiam datur domino poſſidenti adverſus eum qui non poſſidet; movet tamen domino de uſufructu controverſiam *d. l. 5. §. 6*: ut ſupra tradidi.

Finis hujus actionis eſt: ne dominus proprietatis ab adverſario inquietetur uſusfructus nomine. unde quodnam ſit Judicis officium, ultro intelligitur *d. l. 5. §. 6.*

CAPUT XV.

Fructuarium habere vindicationem ſervitutis prædio fructuario debitæ: non ſuo, ſed procuratorio nomine. idemque obſervari in Novi Operis nunciatione. cur id obtineat, & quem habeat effectum?

Solet quæri: an fructuarius directo habeat vindicationem ſervitutis prædio fructuario debitæ. per conſequentiam enim vindicati ab eo uſusfructus prædii, etiam ſervitutis uſum illi officio Judicis reſtitui, ſuperiore tradidi capite. igitur de ea quoque lite videamus. Actio confeſſoria ad vindicandam prædii ſervitutem parata eſt ei qui poteſt dicere, ſuam eſſe prædii ſervitutem. id vero poteſt dicere dominus prædii cui conſtituta eſt ſervitus. *l. 1. l. 2. pr. & § 1. D. Si ſervitus vindicetur.* fructuarius id dicere non poteſt: quia ut habeat jus utendi fruendi alieno prædio, eoque poſſit ſuum vindicare ejus uſumfructum: non idcirco poteſt prædium cujus uſumfructum habet, vindicare ſuum eſſe. nec igitur poteſt dicere, ejus ſervitutem ſui fundi eſſe *l. 5. §. 1. & l. 1. pr. D. Si uſusfructus petetur.* cæterum etſi nequeat ſervitutem petere proprio nomine: tamen rationis eſt, ut eam petat procuratorio: quum præſertim placeat, eum, quatenus ad rem fructuariam ejuſque jura attinet, pro domini procuratore haberi: non quod intervenerit manifeſtum domini mandatum: ſed quia ei dominus rem ſuam tradidit utendam fruendam arbitratu boni viri: aſſueti, eam ejuſque jura cuſtodire. quod ſi eſt: putemus, dominum per conſequentiam dati uſusfructus prædii cui competat ſervitus, etiam utriuſque curam ac cuſtodiam fructuario commendaſſe *l. 1. §. ult. & l. 2. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.* illa porro quæ eſt? niſi habeat jus tuendi ſervitutem prædio debitam. mandata igitur fructuario cura ac cuſtodia prædii fructuarii, etiam mandata illi intelligitur vindicatio ſervitutum prædii fructuarii: quia alioquin vix tueri & cuſtodire ſervitutes poteſt.

Quod dixi de vindicatione ſervitutis, dicam de novi operis nunciatione: pari enim procedunt paſſu. auctor Ulpianus *l. 1. §. ult. D. de novi operis nunciatione*; *Fructuarius*, inquiens, *opus novum nunciare ſuo nomine non poteſt: ſed procuratorio nomine nunciare poterit, aut vindicare uſumfructum ab eo qui opus novum faciat: quæ vindicatio præſtabit ei quod ejus interfuit, opus novum factum non eſſe.* At enim idem Ulpianus *l. unic. §. 4. D. de remiſſionibus*, *Juliano*, inquit, *placet*, *fructuario vindicandarum ſervitutum jus eſſe. ſecundum quod opus novum nunciare poterit vicino, & remiſſio utilis erit: ipſi autem domino prædii ſi nunciaverit, remiſſio inutilis erit. neque ſicut adverſus vicinum, ita adverſus dominum agere poteſt, jus ei non eſſe invito ſe altius ædificare. ſed ſi hoc facto uſusfructus deterior fiat, petere uſumfructum debebit.* Sic Ulpianus: nec inficior, difficilem videri nodum. Ut tamen extricetur; non eſt ſic accipiendus in *d. §. 4.* Ulpianus, quaſi ex ejus & Juliani ſententia fructuarius ſuo nomine habeat novi operis nunciationem; ſicut ſuo nomine habet vindicationem ſervitutis prædii. neutrum enim, ut ex ſuperioribus conſtat, Ulpiano venit in mentem. æque vere dicam, ne Juliano quidem incidiſſe. quin ipſa quoque utriuſque diſputatio quæ eſt in *d. §. 4.* huc non reſpicit. non eſt enim deſumpta ex tractatu de confeſſoria actione. nam de hac egit Ulpianus *lib. 17. Ad Edictum* ex quo eſt *l. 5. D. Si uſusfructus petetur*: Julianus *lib. 7. Digeſtorum*, ex quo eſt *l. 3. D. eod. tit. & l. 16. D. Si ſervitus vindicetur.* citatur quoque is Juliani liber *l. 5. §. 1. D. d. t. Si uſusfructus petetur.* quid igitur eſt? alio flectit utriuſque diſputatio. eſt enim *d. l. unic. §. 4.* ex Ulpiani *lib. 71. Ad Edictum*: ex quo eſt *l. 20. D. de novi operis nunciatione*: in qua proditur formula interdicti de novi operis nunciatione. Juliani autem verba ab Ulpiano *d. §. 4.* adducta, ſunt ex Juliani *lib. 49.* Digeſtorum: ut liquet ex *l. 2. D. de novi operis nunciatione*: quo libro Julianum ſimiliter novi operis nunciationem expoſuiſſe, ex ejus libri locis intelligitur. ita ſi ſummam ſubducimus: dat uterque & Julianus & Ulpianus in *d. l. unic. §. 4.* fructuario quidem facultatem vindicandæ ſervitutis; ſed non aliam, quam hanc ex qua pendeat jus nunciandi novi operis. quæ eſt vindicatio ei competens procuratorio nomine. ſatis clarum hoc & certum. etſi clarius & certius

tius fiet eo: quod uterque & Julianus & Ulpianus eam ſervitutis vindicationem ac novi operis nunciationem fructuario quidem concedit adverſus vicinum, adverſus quem jure agat fructuarius, tamquam domini procurator: ſed eam negat ei adverſus ipſum dominum: quia foret abſurdum, eum qui non ſuo, ſed domini nomine experitur, experiri adverſus eum cujus nomine experitur. illa vero ceſſat abſurditas: ſi fructuarius aut novi operis nunciationem aut ſervitutis vindicationem ſuo nomine exerceret. æque enim tum poſſet agere adverſus dominum, atque adverſus extraneum. Sed, puto, liquet Juliani & Ulpiani ſententia: etiam intelligitur, nullam hac in parte fuiſſe pugnam Juliano cum reliquis Juriſconſultis: idque optime obſervavit diligentiſſimus Interpres, Marcus Aurelius Galvanus, *De uſufructu c. 36.* licet aliud teneant iter Viri Summi, Jacobus Cujacius *lib. 1. Obſerv. c. 16. & lib. 16. Obſerv. c. 31*, & Antonius Faber *Rationalib. ad l. 1. D. Si uſusfructus petetur.*

Caput XVI.

Fructuario concedi interdicta Unde vi & Uti poſſidetis: magis tamen ex Edicti mente, quam ex ejus verbis.

Præter ſuperiora remedia, etiam fructuario competunt quaſi poſſeſſoria cum ad retinendam, tum ad recuperandam uſusfructus poſſeſſionem. etſi enim fructuarius rem fructuariam magis tenere, quam poſſidere videatur, ut dixi *lib. 1. c. 3*: tamen ſi de ipſo uſufructu, id eſt, de jure quod in ea re habet, quæratur: verius eſt, fructuarium intelligi ejus juris poſſeſſorem: quippe eum id non cuſtodiat domino proprietatis: (ut debet facere in re fructuaria) ſed magis ſibi id habeat: atque interdum juris ſocietate; interdum ſola poſſeſſione. ita qua ratione fit, ut qui rei poſſeſſor eſt, idem dominus non ſit; item ut dominus ſit, poſſeſſor non ſit; & rurſus, ut poſſeſſor idem & dominus ſit *l. 1. §. 2. D. Uti poſſidetis*: ea ratione fit; ut aliquis poſſideat uſumfructum, & non habeat uſumfructum; aliquis uſumfructum habeat, & poſſeſſionem ejus non habeat; poſſit quoque fieri, ut idem & uſumfructum habeat & poſſeſſionem. proinde (quod Venulejus notat *l. 52. D. de adquirenda vel amittenda poſſeſſione*, quæ eſt ex ejus lib. 1. Interdictorum) *Permiſceri cauſas poſſeſſionis & uſusfructus non oportet: quemadmodum nec poſſeſſio & proprietas miſceri debent.* Cæterum ubi dicimus, uſumfructum a fructuario poſſideri, improprie loquimur. nam cum incorporale ſit jus uſusfructus, non poteſt a fructuario proprie poſſideri. poſtquam tamen animo concipi cœpit uſusfructus; quid ni animo quaſi poſſideri intelligatur? Sed Javolenus animadvertit, uſum ſervitutis eſſe pro traditione poſſeſſionis accipiendum; ideoque & interdicta veluti poſſeſſoria pro ſervitutibus conſtitura eſſe *l. ult. D. de ſervitutibus.* Atque hoc in prædiorum ſervitutibus claret ſub Titulis Pandectarum, *De itinere actuque privato*, item *De aqua quotidiana & æſtiva*, & ſimilibus. De uſufructu quoque ſic legimus apud Papinianum *l. 27. D. de donationibus: Quod ſi expulſus Nicoſtratus veniat ad Judicem, ad exemplum interdicti quod fructuario proponitur, defendendus erit: quaſi loco poſſeſſoris conſtitutus qui uſum cœnaculi accepit.* Interim non eſt hoc ſine difficultate. nam ubi de uſufructu aut uſu tale interdictum, expulſo aut inquietato fructuario? forte dices, eſſe *Uti poſſidetis*, itemque *Unde vi.* atqui ea interdicta non de uſufructu & ejus quaſi poſſeſſione, ſed de rebus ſoli quarum vera ſit poſſeſſio vel naturalis, vel civilis, loquuntur *l. 1. §. 1. D. Uti poſſidetis, & l. 1. §. 3. & ſeqq. D. de vi & vi armata.* neutram autem in re fructuaria habet fructuarius: etſi Ulpianus *l. 12. D. de adquirenda poſſeſſione* quæ eſt ex lib. 70 Ad Edictum in quo eum interdictum Uti poſſidetis expoſuiſſe, liquet ex collatione *l. ult. D. Uti poſſidetis*, ſic ſcribit. *Naturaliter videtur poſſidere is qui uſumfructum habet.* Sed ejus loci ſenſus, ut oſtendi *lib. 1, c. 3* eſt, Fructuarium rem fructuariam tantum tenere; magiſque in ejus poſſeſſione eſſe, quam eam poſſidere. id vero cum ad interdicta Uti poſſidetis & Unde vi non ſufficiat: non voluit Ulpianus, fructuario competere interdictum Uti poſſidetis, eo quod rem fructuariam naturaliter poſſidet; id eſt, ut dixi, naturaliter tenet, ſive eſt in ejus poſſeſſione: ſed quod ipſum jus uſusfructus quaſi poſſidet. Sic eſt: ea poſſeſſione uſusfructus fundi aut ædificii, id eſt, rei ſoli, ſive immobilis, expulſus fructuarius, ſi Ulpianum audimus *l. 3. §. 13. 14. 15. 16. D. de vi & vi armata*, utetur interdicto Unde vi: non quidem ex Edicti verbis: ſed ex ejus mente & ſententia: ad quam decurri ſuadet utilitas; ubi non oſtenditur aliud remedium, & tamen deſideratur aliquod. Niſi me fallit mea opinio, indigitat hoc in interdicto Uti poſſidetis Ulpianus *l. ult. D. Uti poſſidetis:* ſic ſcribens.. *In ſumma dicendum, & inter fructuarios Uti poſſidetis interdictum reddendum; etſi alter uſumfructum, alter poſſeſſionem ſibi defendat.* addit Ulpianus, *Idem erit probandum, etſi uſusfructus quis ſibi defendat poſſeſſionem: & ita Pomponius ſcribit. Proinde & ſi alter uſum, alter fructum ſibi tueatur: & his interdictum*

erit dandum. Simili ſenſu Ulpianus exponens interdictum Unde vi *l.* 3. §. 13. *D. de vi & vi armata*, *Unde vi*, inquit, *interdictum neceſſarium fuiſſe fructuario apparet*, *ſi prohibeatur uti frui uſufructu fundi.* Ulpianus ſignificat, interdictum Unde vi fructuario uti frui prohibito, non concedi Edicti verbis: ſed convenire utilitati tuendæ quaſi poſſeſſionis uſusfructus rei ſoli, ne ex Edicti mente & ſententia ei denegetur utile interdictum: cum aliud non ſuppetit. Pari locutione qua idem Ulpianus *l.* 2. §. 1. *D. Familiæ erciſcundæ*, *Si*, inquit, *quarta ad aliquem ex Conſtitutione D. Pii adrogatum deferatur*, *quia hic neque heres*, *neque bonorum poſſeſſor ſit*, *utile erit familiæ erciſcundæ judicium neceſſarium.* Finiam hoc Opus; ſi primum monuero, ex ſuperioribus intelligi, corruptum eſſe Ulpianum *l.* 1. §. 8. *D. Quod legatorum* in ſequentibus verbis. *Unde eſt quæſitum*, *ſi uſusfructus vel uſus fuerit alicui relictus*, *eumque occupaverit*; *an hoc interdicto reſtituere ſit compellendus? movet*, *quod neque uſusfructus*, *neque uſus poſſidetur: ſed magis tenetur. poteſt tamen defendi*, *competere interdictum. Idem dicendum eſt in ſervitute relicta.* Sic habent omnes libri. minus recte. quid enim deſignant verba, *Sed magis tenetur:* quid volunt? meo judicio ſunt adventitia; nec juvant ſenſum, ſed onerant. his igitur expunctis vel remiſſis in marginem, ſuadeam ſcribi, *Movet*, *quod neque uſusfructus*, *neque uſus poſſidetur. poteſt tamen defendi*, *competere interdictum.* & reliqua.

Explicit. liber II. De Uſufructu.

NOTI-

NOTITIA
CAPITUM OPERIS
DE USUFRUCTU.

LIBRI PRIMI.

Cap. I. *Summa totius Operis.* 387

II. *De uſufructu: & quid eo nomine contineatur?* ibid.

III. *Quemadmodum quis utatur fruatur?* 395

IV. *Uſumfructum Jure Civili conſtitui in corporibus; Senatuſconſulto etiam in quantitatibus & juribus.* 397

V. *De uſufructu fundi, & quomodo eo utatur ac fruatur fructuarius.* 400

VI. *Fructuarium cui competit uſusfructus fundi, uti fundi ſervitutibus. etiam omnibus ejus partibus: ut cretifodinis, arenifodinis, lapidicinis, aliiſque metallis a domino inſtitutis. quid ſi ipſe velit nova inſtituere: an poteſt? & quando? acceſſione alluvionis augeri fundi uſumfructum: an & inſula juxta fundum nata in flumine? non videri.* 402

VII. *Sub uſufructu fundi contineri uſumfructum inſtrumenti fundi. an fructuarii ſunt venationes, aucupia, piſcationes? & quid in ſeminario, ſalicto, harundineto, ſilva palari, ſilva cædua, aut alia?* 405

VIII. *Adminicula, quibus eget uſusfructus fundi, fructuario præſtanda eſſe ab herede. id obſervari: ſi legatus ſit uſusfructus fundi ad quem non ſit aditus, niſi per hereditarium fundum. Quid, ſi is fundus a teſtatore ſit legatus tertio; & heres eum poſſideat, aut legatario tradiderit? Quid, ſi ad fundum fructuarium non poſſit veniri per hereditarium? & vicinus nolit per ſuum fundum concedere aditum ad fructuarium, ne precibus quidem aut pretio? fuiſſe hic aliud Juris regulis receptum: aliud conſuetudine. ea non inductam eſſe civilem actionem ad petendum aditum; ſed interpellationem extra ordinem, ſub ſpecie perſuaſionis; cui tamen cohæreret vis & auctoritas Prætoris: eumque colorem etiam alibi fuiſſe obſervatum in conſtitutione novi juris.* 409 410

IX. *De oneribus fructuarii fundi.* 412

X. *De domus ſive ædium uſufructu. quid domus, quid ædes? ædificia diſtingui ab ædibus. domus aut ædium uſufructu etiam partium uſumfructum contineri. nec minus inſtrumenti; ut ſpecularium & velorum; & quando?* 414

XI. *Quomodo oporteat fructuarium uti frui domo aut ædibus. non poſſe lumina immittere: nec colores & picturas & marmora & ſigilla & ſi quid ad domus ornatum pertineat: non magis, quam diætas transformare, vel conjungere, vel ſeparare: vel aditus, poſticaſve vertere; vel atrium mutare: vel viridaria ad alium modum convertere, & quid his omnibus indigitetur?* 415

XII. *An fructuarius poſſit parietibus fructuariæ domus imponere rivum novum: aut conſummare ædificium inchoatum?* 418

XIII. *Fructuarium etſi locare aut vendere poſſit uſumfructum domus; tamen non poſſe domum dividere per cœnacula; nec balneum illic facere, nec alia meritoria. & quid hoc?* 419

XIV. *De oneribus fructuariæ domus.* 420

XV. *De conſtituenda a proprietario ſervitute prædii ex conſenſu fructuarii.* 421

XVI. *De uſufructu ſervi.* 423

XVII. *De uſufructu pecoris.* 429

XVIII. *De cautione a fructuario præſtanda ex Edicto Prætoris. id Edictum reſtitutum, & explicitum.* 430

XIX. *Fructuario, ſi heredi non ſatiſdet, a Prætore negari actionem de uſufructu: etſi remiſſa ei a teſtatore ſit ſatiſdatio; nec intereſſe inter priorem & poſteriorem ejus clauſulam. idem eſſe, ſi remiſſa fructuario ſatiſdatio ſit pactione heredis. an deneganda ſit actio fructuario non invenienti fidejuſſorem quia pro eo ſatiſdet? videri durum: ſed eſſe ſerviendum claræ Edicti voluntati. alia.* 433

XX. *De quaſi uſufructu quantitatum introducto a Senatu: & qua forma?* 437

XXI. *Quo ſenſu dicatur uſusfructus Senatuſconſulto conſtitui in rebus quæ uſu tolluntur aut minuuntur? Vaſorum uſusfructus pro uſufructu rerum mobilium. Veſtimentorum uſusfructus ſi legetur, legatum intelligi uſumfructum verum; non quaſi.* 438

XXII. *De uſufructu jurium, id eſt, ſervitutum & nominum.* 441

XXIII. *De uſufructu omnium bonorum vel partis bonorum.* 443

Digitized by Google

LIBRI SECUNDI.

Cap. I. *De modis uſumfructum conſtituendi Jure Civili: & primum de legato.* 446

II. *Uſumfructum conſtitui pactionibus & ſtipulationibus: at ſequente quaſi traditione. quæ illa ſit? cur inventa? & a quibus?* 449

III. *Uſumfructum Judicis ſententia, conſtitui in judiciis diviſoriis.* 451

IV. *Uſumfructum etiam lege conſtitui novo Jure.* 451

V. *Quibus modis uſusfructus tollatur. & primum de tempore ad quod ſit conſtitutus uſusfructus.* 452

VI. *Quomodo uſusfructus finiatur morte fructuarii?* 455

VII. *An capitis deminutione, & qua amittatur uſusfructus?* 457

VIII. *Uſumfructum amitti non utendo per conſtitutum tempus.* 458

IX. *An uſusfructus Jure Civili amittatur non utendo per modum? credi: ſed errore.* 460

X. *Uſumfructum tolli ceſſione in jure facta a fructuario. & quando? item de conſolidatione.* 462

XI. *Quomodo tollatur uſusfructus mutatione aut interitu rei fructuariæ? & quando?* 465

XII. *Intereſſe in amittendo uſufructu: utrum dies ejus ceſſerit, an non: quid, ſi repetitus a teſtatore ſit uſusfructus? quo modo fiat ejus repetitio? & quid, ſi uſusfructus tollatur fructuarii morte, aut mutatione rei fructuariæ?* 471

XIII. *Non videri alios eſſe modos exſtinguendi Jure Civili uſusfructus, præter enumeratos a Paulo lib. 3. Sentent. tit. 8. §. 31. & 36.* 473

XIV. *De remediis ad tuendum uſumfructum proditis. & primum de actione confeſſoria, diſtincta a negatoria.* 473

XV. *Fructuarium habere vindicationem ſervitutis prædio fructuario debitæ: non ſuo, ſed procuratorio nomine. idemque obſervari in Novi operis nunciatione. cur id obtineat, & quem habeat effectum?* 476

XVI. *Fructuario concedi interdicta Unde vi & Uti poſſidetis: magis tamen ex Edicti mente, quam ex ejus verbis.* 477

F I N I S.

GERAR-

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

AD

EDICTUM PRÆTORIS

DE PACTIS

ET

TRANSACTIONIBUS

LIBER SINGULARIS.

EDITIO SECUNDA.

Google

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

AD

EDICTUM PRÆTORIS

DE

PACTIS ET TRANSACTIONIBUS

LIBER SINGULARIS.

Caput I.

Edictum de pactis & transactionibus accepiſſe originem a Lege Duodecim Tabularum. ejus Legis & Edicti uſus & ratio.

De pactis & tranſactionibus exſtat breve, ſed elegans, Prætoris Edictum in hæc verba, apud Ulpianum *l. 7. §. 7. D. de pactis.* *Pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adverſus Leges, Plebiſcita, Senatuſconſulta, Edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, ſervabo.*

Eſt vero mihi in animo, hoc Edictum, quæque ad ejus intellectum ex Veterum Juriſconſultorum Fragmentis, ac Principum Conſtitutionibus, maxime pertinent, ut res meretur, aliqua cum cura interpretari: paucis præmiſſis de Lege Duodecim Tabularum: ad cujus anguſtiam regendam laxandamque Edictum, mea opinione, a Prætore fuit propoſitum. ita enim futurum ſpero, ut aliquanto certior ac clarior fiat ejus & uſus & ratio.

Sed enim quæ fuerint Legis verba, difficilis eſt æſtimationis: adeo lacerata ac corrupta circumferuntur apud Ciceronem, *Ad Herennium lib.* 2. In editione P. Victorii hac extant forma. *Rem ubi pagunt, oratione pagunt. in comitio aut in foro ante meridiem cauſam conjicito.* Lambinus ex Boſii conjectura quam Gruterus vocat certiſſimam, eam ſic exhibet. *Rem ubi pagunt, orato, ni pagunt, in comitio aut in foro ante meridiem cauſam conjicito.* Et videtur hoc, *ni pagunt*, probare Quintilianus *lib.* I. *Inſt. orat. c.* 6. his verbis. *Nam cum in* XII. *Tabulis legeremus. Ni ita pacunt.* Etiam Q. Terentius Scaurus, *De Orthographia*, editionis Putſchii *pag.* 2253. ſic ſcribens. *Item* XII *Tabulæ, ubi eſt, ni pagunt, per hanc formam, quod male quidam per c. enuntiant. eſt enim præpoſitum ejus pepigi a pango.* Verum quid deſignet illud *orato*, vix capio: & aſſentior Jacobo Gothofredo, *Notis ad Tabulam* I *Legum* XII *Tabularum* neganti, eam vocem eſſe legitimam. ipſe legendum putat, *Rem uti paicunto rato:* & *rato* exponit, *ratato*, ſeu ratum habeto: probabili divinatione; niſi abhorreret ab uſu Latini ſermonis. Non magis animadverto, cur mutetur verbum, *oratione*, a Victorio proditum: in primis cum id hujus & loci & legis eſſe, idoneus auctor ſit Priſcianus *lib.* x, editionis Putſchii *pag.* 894. in his verbis. *Antiqui* pago *quoque dicebant pro* paciſcor. *Cicero in* 2. *Ad Heren. Pacta ſunt quæ legibus obſervanda ſunt; hoc modo, Rem ubi pagunt oratione pagunt.* Plerique etiam manu ſcripti libri apud Ciceronem illud agnoſcunt verbum. Fabricianus certe, Grutero teſte, habet *orationi*. Palatini tres priores, quod idem refert Gruterus, legunt, *Rem ubi pangunt orationem pangunt in comitio.* Vix igitur dubito, quin a Cicerone & Duodecim Tabulis ſit vox, *oratione:* etſi ſuſpicer, ſub ea latere ſimul verbum, *ratum eſto:* id poſtulante ſenſus integritate, nec adſpernante literarum imitatione. ac jam Theodorus Marcilius, *Collect. Leg.* XII *Tabularum c.* 8. Legem ſic repræſentat, *Rem ubi pacunt, ratum eſto.* Janus autem Rutgerſius *lib.* 5. *Var. lect. c.* 16. confingit, *Rei ubi pagunt, ratum eſit.* Sed non ero peccaturus: ſi retento verbo, *oratione*, cui favet Priſcianus, & fides tot manu ſcriptorum codicum, Legem ſic concipiam. *Rem ubi pagunt oratione, ratum eſto. ni ita pagunt: in comitio aut in foro ante meridiem cauſam conjicito.* Ea ſi placet lectio; commodus erit Legis ſenſus. jubet enim, quod oratione pacti ſint litigatores, haberi ratum: locutione non diſſimili huic ſequenti ex iiſdem Duodecim Tabulis apud Feſtum, in verbo, *Nuncupata. Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupaſſit, ita jus eſto.* Lex hæc, *Uti lingua nuncupaſſit*, inquit: ſicut illa, *Uti pagunt oratione.* hæc quoque ait, *Jus eſto:* ſicut illa, *Ratum eſto.* Satis de verbis Legis,

Venio ad uſum. is conſtitit intra pacta quibus agebatur, Ne quæ fieret in jus vocatio: ac ſi facta eſſet, ut finiretur. id etſi ex

bis Legis intelligatur, tamen quia ad rem pertinet, diligentius demonſtrabo. igitur ſi quid in controverſiam veniret: erant (ut Cicero ait *pro Quintio c.* XI) duæ experiundi viæ: una ſummi juris, altera intra parietes. priore licebat actori, reum in jus vocare propria auctoritate, nulla adhuc edita actione: etiam licebat ei, non ſequentem ſtatim, niſi ſatis vel cautum daret, facta anteſtatione, ducere atque etiam rapere in jus. poſteriore ſolebat actor reo actionem edere ante in jus vocationem. ſæpe etiam pactionum conditiones offerre, aliquando de eis deliberandi facultatem, & tempus permittere. tale exemplum apud Terentium, *Adelph.* 2. 1. *verſ.* 40. *& ſeq.* etiam huc ſpectat ordo Edicti perpetui: in quo Julianus Edicta de edendo & de pactis poſuit ante Edictum de in jus vocando: ut in Digeſtis ſub Titulis, De in jus vocando, De edendo, & De pactis, facile intelligitur ex ſerie librorum Ulpiani & Pauli Ad Edictum. Ita potuit actor dare humanitati. nec minus licuit ei, aliter agere ſummo jure. clare Plautus in *Perſa* 4. 9.

Age ambula in jus leno. D. *Quid me in jus vocas?*

SA. *Illic dicam apud Prætorem. ſed ego in jus voco.*

Et in *Aulularia* 4. 10.

Jam quidem ad Prætorem hercle te rapiam, & ibi ſcribam dicam.

Æque Ulpianus *l.* 1. §. 1. *D. de edendo:* nam exponens formas quibus actionem reo ab actore edi oporteat ex Edicto Prætoris, ait inter cætera, eum quoque edere, qui adverſarium ſuum (ſive reum) ducit ad album; (id eſt, ad Prætoris album) in eoque demonſtrat quod dictaturus eſt, vel id dicendo quo uti velit. fuere enim, ut Cicero refert, *Pro Roſcio*, eo in albo expreſſæ ex uniuſcujuſque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria, publice a Prætore formulæ ad quas privata lis accommodaretur. Sed probatum eſt, fuiſſe in actoris arbitrio, priuſne reum in jus vocaret, an ei prius ederet actionem: contraque reo non licuiſſe, hac aut illa in ſpecie non ſequi actorem in jus vocantem: niſi eſſet paratus, ei ſatis vel cautum dare. interfuit tantum: (ſic enim opinor) quod reus in jus vocatus, ante edita ſibi actione, teneretur ſtatim, atque in jus veniſſet ad Prætorem, actori reſpondere, & cum eo litem conteſtari. quam enim habebat cauſam petendæ dilationis: qui poterat paratus eſſe vel ad paciſcendum, vel ad litigandum? ſed ſi in jus veniret, ante non edita actione: ſummæ erat æquitatis, petenti a Prætore concedi ſpatium ad deliberandum, utrum cedere, an contendere ultra debeat; & ſi contendendum putet, veniat inſtructus ad agendum, cognita cauſa qua conveniatur *l.* 1. *D. de edendo.* Humanior igitur erat poſterior agendi via: eo quod hanc ingreſſus, reum non ſtatim in jus vocabat, ſed ei prius edebat actionem; etiam ſæpe ei denuntiabat diem ac locum quo per utriuſque amicos de tranſactione & pactione tractaretur: ac ſi fruſtra tentata videretur; tum demum, quod neceſſe erat, ad vadationem vel in jus vocationem veniebat: ut ex Cicerone, *Pro Quintio c.* 5, intelligitur. Interim ſi conveniret res vel intra parietes, vel in via, dum in jus iretur: quod partibus placebat, ratum habebat Lex Duodecim Tabularum. inde Gajus *lib.* 1. *Ad Leges* XII *Tabularum*, (ſic enim ſonat Inſcriptio *l.* 22. *D. de in jus vocando*) *Qui*, inquit, *in jus vocatus eſt, duobus caſibus dimittendus eſt: ſi quis ejus perſonam defendet: & ſi dum in jus venitur, de re tranſactum fuerit.*

Etſi autem Lex juberet, ratum eſſe pactum de tollenda lite: non tamen omnia tuetur hujuſmodi pacta. conſtat enim, actionem pacto nudo non ipſo jure infirmari, ſed per exceptionem. qua nil opus erat: ſi qualecumque pactum auctoritate Duodecim Tabularum cenſeretur. Huic rei argumentum præbet, quod pacto de injuria ipſo jure tollitur injuriarum actio *l.* 17. *& l.* 27. §. 3. *D. de pactis*, qualecumque pactum de injuria fiat: propterea quod Lex Duodecim Tabularum quæ id confirmavit, (ut nos docet Feſtus in verbo, *Talionis*) ſimpliciter dixit, *Si membrum rupſerit, ni cum eo pacit, talio eſto.* At non ſic locuta fuit Lex noſtra. circumſpectius hæc, *Rem*, inquit, *ubi pagunt oratione.* proinde qui ſunt duodecim Tabulas interpretati Juriſconſulti, ſic acceperunt Legem, quaſi confirmaret quidem pacta quibus agitur, Ne petatur: at non omnia, ſed verbis ſolemnibus facta. cætera ejus generis non ſolemnia approbavit demum Edicto noſtro Prætor, motus naturali æquitate.

Hoc modo exaudio Ulpianum *l.* 1. *D. de pactis:* is expoſiturus hoc Edictum (qui ejus mos eſt) initium facit ab ejus commendatione his verbis. *Hujus Edicti æquitas naturalis eſt. quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt ſervare?* Sic Florentiæ editur: nulla orationis forma aut ſententia; ſi audimus Elbertum Leoninum V. CL. *lib.* 1. *Emend. c.* 16. *n.* 1. ex antiquiſſimo manu ſcripto codice reponentem, *Quid enim magis humanæ fidei eſt congruum, quam ea obſervari quæ inter homines placuerunt.* Sed bene habet Florentina lectio: ſolitis ſæpe Veteribus, in ſermone genus mutare, facta relatione magis ad antecedentium verborum ſenſum, quam ad verba quibus is ſenſus continetur. id pridem oſtendi *lib.* 1. *Obſerv. c.* 4. ubi vide: ſi tanti ſit. Interim monebo, Ulpiano duplicem eſſe æquitatem: unam naturalem, alteram civilem *l.* 1. §. 1. *D. Si is qui teſtamento liber eſſe juſſus erit.* Naturalis æquitas eſt jus naturale, una conſtans ratione naturali, æqua omnibus hominibus. Civilis æquitas eſt jus civile, ſervans æquitatem inter cives ejuſdem civitatis.

quo

Digitized by Google

quo ſenſu Cicero in *Topicis c. 2*, *Jus Civile*, inquit, *eſt æquitas conſtituta iis qui ejuſdem civitatis ſunt, ad res ſuas obtinendas.* Ita huc redit Ulpiani commendatio: quod homo homini naturali æquitate debet veritatem ac fidem: quia homo homini naturali ratione debet omne ſine quo ſalva eſſe inter eos nequit ſocietas. huic porro nihil magis convenit, quam quæ inter eos placuerunt, impleri. movetur igitur hic Prætor ad ſervanda pacta naturali æquitate. At cur ait Ulpianus, naturali; cum non minus civilis æquitas fidem ſervari jubeat? Mihi vero ſuccurrit, Prætori eſſe propoſitum hoc Edicto, egredi anguſtias Legis Duodecim Tabularum: tantum probantis pacta oratione, id eſt, ut dixi, ſolemniter, facta: cum Prætor etiam ſervet non ſolemnia. eſt igitur hujus Edicti æquitas non civilis, ſed naturalis. Id convenit huic Ciceronis, *Ad Herennium lib. 2. Pacta ſunt quæ legibus obſervanda hoc modo. Rem ubi pagunt oratione*, ratum eſto: (ita ſupra reſtitui) *ni ita pagunt, in comitio, aut in foro ante meridiem cauſam conjicito. Sunt item pacta quæ ſine legibus obſervantur ex conventu quæ jure præſtare dicuntur.* Illi quoque ex *lib. 2. De invent. Conſuetudinis jus eſſe putatur id, quod voluntate omnium ſine lege vetuſtas comprobarit. in ea autem jura ſunt quædam ipſa jam certa propter vetuſtatem. Quo in genere & alia ſunt multa, & eorum multo maxima pars, quæ Prætores edicere conſueverunt. Quædam autem genera juris jam certa conſuetudine facta ſunt. Quod genus, pactum, par, judicatum. Pactum eſt, quod inter aliquos convenit quod jam ita juſtum putatur, ut jure præſtare dicatur.* Clare expoſui Edicti rationem. Licebit tamen ſimile quid adducere ex *l. 1. D. de minoribus*: ubi ſimili commendationis forma Ulpianus, *Hoc*, inquit, *Edictum Prætor naturalem æquitatem ſequutus propoſuit, quo tutelam minorum ſuſcepit.* Ulpianus nihil aliud deſignat, quam quod Prætor in illo Edicto non ſubſtitit intra Legem Lætoriam: minoribus ſubvenientem, non quidem omnibus, ſed circumſcriptis: ut nos docet Cicero *lib. 3. De officiis*: cum Prætor lapſos fragilitate conſilii adjuvet, etſi non ſint circumventi. non igitur ſequutus Prætor eo Edicto civilem Legis Lætoriæ rationem, ſed naturalem: ea lege ſolutam ac liberam. Ad eumdem modum accipio hoc Gaji *l. 2. D. Unde cognati. Hac parte Proconſul naturali æquitate motus omnibus cognatis promittit bonorum poſſeſſionem quos ſanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet jure civili deficiant.* Gajus appellat naturalem æquitatem quæ excedit fines Legis Duodecim Tabularum, tantum ſuos & agnatos vocantis ad hereditatem; excluſis cognatis. at Proconſul invitat etiam cognatos qui Jure Civili, id eſt, Lege Duodecim Tabularum, negliguntur. motus igitur Proconſul eſt magis naturali, quam civili æquitate.

CAPUT II.

In Edicto Prætoris late patere verba, Pacta conventa: nec referre, utrum ſint expreſſa, an tacita. horum complura & diverſi generis exempla ſane elegantia; nec peræque clara & evidentia.

Dixi de Edicti origine & ratione. deinde ejus verba conſideraturus. ait Prætor, *Pacta conventa ſervabo.* verba, *pacta conventa* cum in Edicto, tum alibi ſæpe, idem valent, & ut *morbus* ac *vitium* in Ædilitio Edicto *l. 1. §. 7. D. de Ædilitio Edicto*, multaque alia apud A. Gellium *lib. 13. Noct. Attic c. 24.* in ſermone ornandi explicandive ejus cauſa conjunguntur. ita perinde eſt, ac ſi dicat Prætor, Servabo pacta quæ alias conventa appellantur: vel, ut Cicero dicit *lib. 2. Ad Herennium*, quæ obſervantur ex conventu. præit vetus Edicti interpres Ulpianus *l. 1. §. 1. 2. & 3. D. De pactis*: primum, *Pactum*, inquit, *a pactione dici. inde etiam pacis nomen appellatum eſſe.* quomodo Feſtus, *Pacem*, inſit, *a pactione conditionum putat dictam Sinnius Capito quæ utrique populo ſit obſervanda.* Uterque autem tam Ulpianus, quam Feſtus, pacem & pactum a pactione, velut ex cauſa, deducit. nominis enim etymologiam, cum ejus vis per interpretationem colligitur, non minus ex cauſa, quam ex origine deſumi, auctor eſt Iſidorus, *lib. 1. Originum c. 28.* fuerit igitur Ulpiani ſenſus, Pacti & pacis appellatione venire pactionem: nam ex ea & pacem conſiſtere & pactum. Hunc ſenſum, ne alios quæram, ipſe juvat Ulpianus in *d. l. 1. §. 2.*: cum porro ait, *Pactio eſt duorum pluriumve in idem placitum & conſenſus.* eſt enim hæc clara pacti definitio, vel eo auctore in *l. 3. D. de pollicitationibus*: in qua, *Pactum*, inquit, *eſt duorum conſenſus & conventio.* nec male adjicit Ulpianus verba, *duorum vel plurium*: pactum ſive pactionem diſtincturus a pollicitatione: quam ſolius offerentis promiſſo abſolvit *d. l. 3.* Eſt igitur pactum Ulpiano generale vocabulum: complectens omne duorum pluriumve in idem placitum & conſenſum vel contrahendi vel finiendi negotii gratia.

Non minus late patet *conventum.* nam a conventione deducitur, ut a pactione pactum. ac vix dubito, an huc referre me oporteat hoc Ulpiani *d. l. 1. §. 3. Conventionis verbum generale eſt ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi tranſigendique cauſa conſentiunt qui in-*

 ter

ter ſe agunt. Ulpianum accipi ſuadeam: quaſi dicat, conventionem etiam generalem eſſe: uſitato loquendi genere de quo pluribus infra capite III. id vero Ulpianus tali ſimilitudine illuſtrat. *Nam ſicut convenire dicuntur qui ex diverſis locis in unum locum colliguntur & veniunt: ita & qui ex diverſis animi motibus in unum conſentiunt, id eſt, in unam ſententiam decurrunt*. Ait *ex diverſis animi motibus:* pro ex diverſis ſenſibus, ſive ſententiis. quomodo Judicis *motus*, apud Arcadium *l.* 21. §. 3. *D. de teſtibus*, item *motus atque ſenſus*, apud A. Gellium *lib.* 14. *Noct. Attic. c.* 2. eſt igitur Ulpiani ſenſus, Conventionem æque late patere, ac pactionem: ſignificare enim duorum negotii contrahendi terminandive cauſa placitum & conſenſum: qua definitione pactum circumſcribitur. nec tamen defuit Ulpiano cauſa diſputandi, an generalis eſſet ſignificatio conventionis: nec interim de pactione eſſet ſollicitus. nam in pactione nihil occurrebat: cur non generalis videretur ejus poteſtas: cum in conventione intercederet origo vocabuli, ne pertingeret ad tranſactiones: quæ magis ſint diſceſſiones, quam conventiones. & tamen quia volentes a lite diſcedere, vel in hoc conſentire oportet: non eſt in mora Ulpianus, ne conventio æque late pateat ac pactio. imo addit *d.* §. 3, adeo generale eſſe conventionis nomen: ut eleganter dicat Pedius, nullum eſſe contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in ſe conventionem: ſive re, ſive verbis fiat: nam & ſtipulationem quæ verbis fit, niſi habeat conſenſum, nullam eſſe.

Videtur igitur Prætor, cum ait, *Pacta conventa ſervabo*, promittere, ſervaturum ſe omne plurium in idem placitum & conſenſum. Utrum tamen expreſſum, an tacitum? Sed nullus labor eſt: ſequitur enim Prætor, ut ſupra dixi, naturalem rationem: quæ non minus tacitum probat conſenſum, quam expreſſum. quemadmodum nec refert ejus, utrum inter præſentes conſentiatur verbis quibuſcumque; an inter abſentes per nuncium, vel per epiſtolam. poteſt enim conſenſus quo uno ſuſtinetur pactum conventum, omnibus his modis naturali jure expediri. hoc Paulus obſervat *l.* 2. *D. de pactis*, quæ eſt ex libro 3. Ad Edictum, verbis ſequentibus. *Labeo ait, convenire poſſe vel re, vel per epiſtolam, vel per nuncium inter abſentes quoque poſſe: ſed etiam tacite conſenſu convenire intelligitur*. Sic diſtinguenda hæc verba, deleta interpunctione poſt vocem, *nuncium*, poſita apud Haloandrum, Ruſſardum, Charondam, & Taurellium. præeunt Græci *Baſilic. lib* XI. *tit.* I *pag.* 719. *tom.* I: Paulum ad hunc modum transferentes, Fabroto interprete. *Paciſcitur quis & præſens & abſens per epiſtolam & per nuncium, & tacite*. Senſus: conventio ſive pactio fit vel palam vel tacite. palam fit re: hoc eſt, ut Græci exponunt, inter præſentes: puta verbis. fit etiam palam inter abſentes; ut per epiſtolam, vel per nuncium. ſic palam. fit & tacite: utpote, cum conſenſus ex aliquo facto veriſimili præſumptione colligitur. exemplum Paulo *d. l.* 2. §. 1. Si debitori meo reddiderim cautionem. Paulus cautionem vocat chirographum: ut in *l.* 47. *D. eod. tit. l.* 40. *D. rebus creditis*, & paſſim. dicitur enim debitor creditori cavere, cum ſe ei obligat facto chirographo *d. l.* 47. *l.* 4. *D. Quæ res pignori*, *l.* 17. §. 3. *D. Commodati*. Si igitur debitori meo reddiderim chirographum: nihil inter me & debitorem palam convenit de remiſſione debiti: non enim in eam conſenſimus, verbis, literis, aut per nuncium. ait tamen Paulus, ideo videri inter nos conveniſſe, ne petam; profuturamque ei, ſi petam, conventionis exceptionem. quo argumento? admodum probabili, etſi non neceſſario. id ſic demonſtro. finis redditi chirographi eſt, ne ſit debitum. datur enim creditori a debitore chirographum: ut ei præſtet fidem debiti. videtur porro creditor, debitori reddens chirographum, ei remittere debitum: quia creditur eo facto, cujus non apparet alia cauſa, nolle, eſſe debiti fidem, & per conſequens ullam vim. eo magis: quia ſolent remittentes debitum, aut comburere aut reddere chirographum, aliquando integrum, plerumque ſciſſum aut cancellatum: nullo deinde ejus uſu. morem tangit Paulus *l.* 82. §. 2. *D. de furtis*; etiam Auſonius, *ad Gratianum*; & Ambroſius, *lib.* 1 *De Officiis*, *c.* 32. *pag.* 26. Pendet tamen illa interpretatio taciti pacti magis ex eo quod fieri creditur, quam quod factum eſt; eoque pro veriſimili præſumptione habetur, donec alicunde demonſtratur veritas: certa & neceſſaria probatio non eſt. levat igitur debitorem a creditore conventum onere probandi pactum de remiſſo debito; ſed ipſo debito eum adeo non liberat: ut adhuc jus ſit creditori, hanc præſumptionem elidere contraria probatione: & ſi manifeſte oſtendat, ſibi aliam fuiſſe cauſam reddendi aut cancellandi chirographi, quam remittendi debiti; chirographi redditio aut cancellatio debitori ad probationem remiſſi debiti non proficiat: inani præſumptione, ubi apparet veritas. Hoc obſervat Modeſtinus *l.* 24. *D. de probationibus*. nec minus vere Diocletianus ac Maximianus *l.* 14. *C. de ſolutionibus*, *Pecuniæ*, inquiunt, *ſolutæ profeſſionem collatam inſtrumento*, *majorem rei geſtæ probationem continere*, *quam ſi chirographum acceptæ pecuniæ mutuæ fuiſſet redditum*. Tantum de debito. quid pignus? & hoc creditur tacite remitti redditione chirographi *l.* 7. *C. de remiſſione pignoris*. optime: eſt enim pignus debiti acceſſio. datur quippe in ejus ſecuritatem: atque eo ſublato tollitur, nulla deinde cauſa præſtandæ ſecuritatis. Non idem dicendum eſt, reſtituto pignore. tum enim ut remiſſum præſumatur pignus; non etiam

re-

remiſſum intelligitur debitum: niſi hoc inſuper egiſſe probetur creditor *l. 3. D. de pactis*, *l. 1. §. ult. D. de liberatione legata.* eſt enim pignus debiti acceſſio, ut dixi: ac ſublato principali debito, neceſſe quidem eſt, pignoris acceſſionem tolli: ſed ſublata pignoris acceſſione, non eſt neceſſe tolli principale debitum. poteſt enim debitum ſine pignore eſſe: ſed pignus ſine debito eſſe qui poteſt? Satis de primo taciti pacti exemplo quod eſt Pauli. in *d. l. 2. §. 1.* ex lib. 3. Ad Edictum.

Alterum eſt ejuſdem Pauli atque ex eodem libro, ſed a ſuperiore diverſum. nam illud vero conſtat conſenſu. hoc ficto conſtabit. meretur res pulchra, nec ſatis animadverſa, curatius tractari. Pauli verba adſcripſi. ſunt autem hæc ex *l. 4. D. de pactis. Item quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori eſſe locatori: etiamſi nihil nominatim convenerit.* Pauli ſenſus eſt, Hypothecam qua locatori tenentur invecta illata in urbanas habitationes, ex Edicti forma non valere ſine conventione, quam ad vim actionis hypothecariæ deſiderat Prætor: ſed placere adverſus Edicti formam, eam hypothecam admitti quaſi ex tacita conventione, etſi nulla intervenerit expreſſa. Eſt igitur, quantum attinet ad Pauli ſententiam, hæc hypotheca adverſus Edicti rationem moribus inducta ſub imagine tacitæ conventionis: arrepta forte, ut ſolet, occaſione alicujus Reſcripti. utcumque erit; licebit ad demonſtrandum id quod ago, uti ſequentibus Neratii verbis ex *l. 4. D. In quibus cauſis pignus vel hypotheca tacite contrahitur: Eo jure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta illata ſunt, pignori eſſe credantur, quaſi id tacite convenerit.* In hoc Neratii loco non una erit obſervatio. primum puto, his verbis, *Eo jure utimur*, indicari conſuetudinem, adverſus communes juris regulas receptam. id oſtendi *lib. 1. Probabilium c. 2 & 3:* nec opus pluribus. tantum addam Modeſtinum *l. 4. D. de vulgari & pupillari ſubſtitutione:* a quo non modo eadem loquendi forma talis deſignatur conſuetudo: ſed Reſcripti quoque mentio fit. Modeſtini verba. *Jam hoc jure utimur ex D. Marci & Veri Conſtitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituit, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur.* Eodem modo Ulpianus in *l. 1. §. ult. D. de liberis exhibendis*, *Et*, inquit, *certo jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriæ poteſtatis turbentur.* Nullum quidem in his verbis veſtigium Conſtitutionis quam arripuerit qui indicatur uſus: fuiſſe tamen Conſtitutionem D. Marci cujus meminit *l. 5. C. de repudiis*, pridem docui *lib. 1. De uſufructu c.* VIII. *in fine.* Hoc primum fuit obſervandum. Proximum eſt, quod Neratius ait, *Inducta illata in prædia urbana credi pignori eſſe, quaſi id tacite convenerit.* Id enim fit ſimili ratione, qua dicitur obligatio naſci quaſi ex contractu, item naſci quaſi ex maleficio: ubi jure fingitur contractus aut maleficium; cum alioquin non fit. *toto Titulo Inſt. De obligationibus quæ quaſi ex contractu naſcuntur, item, Tit. De obligationibus quæ quaſi ex delicto naſcuntur.* Præter hæc dignum obſervatu eſt: quod Paulus *d. loc.* nominatim loquitur de *urbanis* habitationibus; & Neratius de *urbanis* prædiis: addens in fine *d. l. 4, In ruſticis contra obſervari.* cæterum Pomponius *l. 7. D. eod. tit.* ait, *Fructus qui ibi naſcuntur, tacite intelligi pignori eſſe domino fundi locati.* Diſtinguenda igitur ex Pauli & Neratii ſententia a ruſticis prædiis ſunt Urbana prædia, ſeu Urbanæ habitationes. at in Urbe Roma ejuſque territorio. nam ibi ſingulari jure obtinuit tale privilegium, eoque non fuit ad provincias porrectum. includam igitur his finibus Urbana prædia & Urbanas habitationes, ubicumque de hac hypotheca agitur in Pandectis. ac neſcio, an Urbana prædia, Urbanæque habitationes, in propoſito dicantur, ut apud Tacitum *lib. 3. Annal. c. 40. Urbana* plebes pro Romana: & ibidem *c. 44.* luxus *Urbanus* pro Romano. utique intra fines Romæ quæ per excellentiam appellatur paſſim Urbs, tum id privilegium conſtitit: provinciis vero conceſſum non fuit: etſi imperio in Orientem tranſlato, obtinuit Conſtantinopoli, exemplo veteris Romæ. ſed Imp. Juſtinianus quod in utraque Roma, & earum territorio ante ſingulare jus erat, tandem quoque Provincialibus indulſit. Verba Juſtiniani *l. ult. C. In quibus cauſis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. Sancimus, de invectis a conductore rebus & illatis, quæ domino pro penſionibus tacite obligantur, non ſolum in utraque Roma & territorio earum hoc jus locum habere, ſed etiam in noſtris provinciis. Tali enim juſta præſumptione etiam omnes noſtros provinciales perpotiri deſideramus.* Res clara. ſolum addam, quod Imperator vocat *juſtam præſumptionem*, quam melius dixiſſet fictionem. vera enim præſumuntur: falſa finguntur. adeo quæ præſumuntur conventiones, habent paciſcentium conſenſum, licet non palam verbis, literis, aut nuncio demonſtratum, certe ex aliquo eorum facto probabiliter intellectum. hoc modo tacita quæ dicitur conventio, eſt vera atque a paciſcentium voluntate non minus pendens, quam expreſſa: prorſus, ut qui eam non cogitarint, nec feciſſe credantur. at jus tacitæ hypothecæ in inductis illatiſque in prædium urbanum aliter ſe habet. non enim nititur vero locatoris & conductoris conſenſu: ſed juris fictione inducitur, etiam ubi nulla concurrit eorum voluntas vel expreſſa vel tacita: denique ubi ad eam adeo non intenderint; ut de ea ne cogitarint quidem. non igitur proficiſcitur hæc hypotheca a voluntate locatoris & conductoris: ſed a providentia juris: in prædiis urbanis ſua interpre-

pre-

pretatione tacitam quamdam pactionem ad introducendam non minus hypothecariam actionem, quam exceptionem, pro communi Urbis utilitate, fingentis. Sic accipio Reſcriptum Imp. Alexandri ad Petromam *l. 5. C. de locato & conducto.* cujus verba, quia obſcurum habent intellectum, appoſui, eum facturus deinceps perſpicuum. *Certi juris eſt, ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri. quando autem domus locatur, non eſt neceſſaria in rebus inductis vel illatis ſcientia domini. nam ea quoque pignoris jure tenentur.* Si fides Interpretibus; quæritur hic: an inducta in prædia ruſtica ex conventione demum pignori obligentur? At, mea opinione, illud non quæritur, ſed ſupponitur. hoc vertitur: ſi intervenerit conventio de obligandis in fundum conductum inductis: quis ſit ejus conventionis ſenſus. huc autem redit ea dubitatio: utrum etiam pignori teneantur a colonis ſine dominorum voluntate inducta, verbi gratia, temporis cauſa: an tantum illa quæ, ut perpetuo ibi ſint, a colonis dominorum voluntate ſint inducta? Hæc, quantum conjicio, eſt quæſtio de qua conſulitur Alexander. Ad hanc autem reſcribit ille Imperator, *Ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri:* idque *certi juris eſſe.* recte: nam & Scævola *l. 32. D. de pignoribus & hypothecis*, conſultus de pacto quo obligata ſint inducta in fundum, eodem modo & ſenſu reſpondet, *Eos* (ſervos) *duntaxat qui hoc animo a dominis inducti eſſent, ut ibi perpetuo eſſent, non temporis cauſa accommodarentur, obligatos.* Nec alio modo Pomponius *l. 7. §. 1. D. In quibus cauſis pignus vel hypotheca tacite contrahitur*, de eodem loquens pacto, *Videndum*, inquit, *eſt, ne non omnia illata vel inducta, ſed ea ſola quæ ut ibi ſint, illata fuerint, pignori ſint.* Hæc igitur aut ſimilia ait Alexander a colonis dominorum voluntate in fundum conductum induci; eoque pignoris jure teneri. Sic plane ſentio. hoc plus addo, Alexandrum non alia forma dicere, *quæ voluntate dominorum coloni in fundum induxerint*, quam Pomponius apud Marcianum *l. 5. §. 1. D. eod. tit.* *Illud*, inquit, *videndum eſt, voluntate domini induci pignus ita poſſe, ut in partem debiti ſit obligatum.* Sicut enim Alexander, ſic ex Pomponio illic Marcianus ſupponit pignus conventione conſtitutum, vult vero, pignus, ubi conventione inducitur, ſic poſſe induci domini voluntate: ut in partem debiti ſit obligatum. quomodo Alexander indigitat, ubi inducta in fundum conventione obligantur, tantum pignoris jure teneri, quæ a colonis dominorum voluntate ſint inducta. Hoc in fundo locato Alexander. quid in domo? ait: *Quando autem domus locatur, non eſt neceſſaria in rebus inductis vel illatis ſcientia domini.* & præfatur: *Nam ea quoque pignoris jure tenentur.* ſenſus: Ubi domus locatur, aliter ſe res habet. nam tum pignoris jure tenentur inducta vel illata, etiam inſciente domino: eo quod lege obligantur pignori, etſi nulla domini conventio aut voluntas interveniat. Declaravi Alexandri ſenſum obſcurum atque impeditum, nec deſideres plura. Non prætéribo tamen: quod ex hoc fonte Paulus *l. 24. §. 1. D. Locati conducti*, *Si*, inquit, *colonus locaverit fundum, res poſterioris conductoris domino non obligantur.* nimirum, quia in his, ut dixi, conventione, non lege, conſtituitur hypotheca. *Sed fructus*, quia lege obligantur ſine conventione, *in cauſa pignoris manent: quemadmodum eſſet, ſi primus colonus eos percepiſſet.* Ad eumdem modum Ulpianus *l. 11. §. 5. D. de pigneratitia actione*, loquens de locata domus parte, ait, in cœnaculum illata a ſecundo conductore, etiam obligari primo; etſi cum hoc nihil contrahatur: ſcilicet, quia illata in domum, locatori ipſo jure ſine conventione obligantur: ſed, quod obſervat Ulpianus, in eam dumtaxat ſummam in quam cœnaculum conduxi: & cauſatur, quod non eſt credibile, hoc conveniſſe, ut ad univerſam penſionem inſulæ frivola mea tenerentur. Sed apparet, tacitam conventionem de obligandis pignori inductis & illatis in prædium urbanum juris interpretatione fingi ſine contrahentium conſenſu: ad modum tamen conventionis quæ contrahentium voluntate regitur.

Tertium taciti pacti exemplum eſt in ſtipulatione dotis. proponit id Paulus *l. 4. §. 2. D. de pactis* his verbis. *Hujus* [*rei*] *argumentum etiam ſtipulatio dotis cauſa facta eſt: nam ante nuptias male petitur, quaſi ſi hoc expreſſum fuiſſet: & nuptiis non ſequutis, ipſo jure evaneſcit ſtipulatio. idem Juliano placet.* Hoc quoque exemplum notari dignum. nou minus enim quam ſuperius, eſt a primo ſeparandum. eſt enim & ipſum alterius generis. ſane quod continet tacitum pactum, ineſt ſtipulationi poſtulante natura dotis in illam deductæ. pone: Titius ſtipulatur ſimpliciter, dotem dabis? ſi reſpondetur, dabo: pura eſt ſtipulatio, nulla expreſſa conditione. ita ſi verba ſpectes: non eſt cauſa, ne dos peti nequeat, non ſequutis nuptiis. interim (quod Paulus ait *l. 41. §. 1. D. de jure dotium*) magis res intuenda eſt, quam verba. non enim poteſt dos ſine matrimonio eſſe *l. 3. D. eod. tit.* quippe cum ſit pecunia nuptiarum cauſa data: ut Varro ait *lib. 4. De Lingua Latina.* fuiſſe hoc opinor in Fori diſputatione tractatum a Juriſconſultis, & omnium ſuffragiis receptum: eoque modo poſſe accipi hoc *l. 21 D. eod. tit.* *Stipulationem quæ propter cauſam dotis fiat, conſtat habere in ſe conditionem*, Si nuptiæ fuerint ſecutæ: *& ita demum ex ea agi poſſe, quamvis non ſit expreſſa conditio*, Si nuptiæ, *conſtat.* Neſcio, an ejuſdem generis ſit hoc *l. 3. D. de rebus creditis*, quod eſt ex Pomponii lib.

27. Ad Sabinum. *Cum quid mutuum dederimus, etſi non cavimus, ut æque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem quæ ex eodem genere ſit reddere: veluti vinum novum pro vetere. nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum eſt: id autem agi intelligitur, ut ejuſdem generis & eadem bonitate ſolvatur qua datum ſit.* Optime Cicero *lib. 5. Ad familiares, epiſt. 2. Quod ita ſcribis pro mutuo inter nos animo, quid tu exiſtimes eſſe in amicitia mutuum, neſcio. equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.*

Præter tria taciti pacti exempla quæ ex Paulo dedi, eſt quartum apud Florentinum *l. 57. D. de pactis* in his verbis. *Qui in futurum uſuras a debitore acceperit, tacite pactus videtur, ne intra id tempus ſortem petat.* Elegans hoc exemplum, & primo ſimile. Nempe uſura (ut Iſidorus ait *lib. 5. Origin. c. 35. p. 931*) ab uſu æris crediti nuncupata. Papinianus *l. 58. §. 6. D. Ad Senatuſconſultum Trebellianum* dicit, eam percipi propter uſum medii temporis. Ambroſius autem, *De Tobia c. 5.* de pecunia fœneratorum ait, quod *Uſum requirit, ut acquirat uſuram.* patitur igitur creditor a debitore uſuras accipiens in futurum, ſibi pretium ſolvi pro uſu medii temporis; & cum palam non paciſcitur, ne interim petat ſortem; præſumitur hoc facto debitori tacite conſentire in uſum ſortis. is quoque quia haberi ab eo nequit, niſi ſorte non repetita: prope eſt, ut creditor, ſortem repetens intra tempus cujus uſuras accepit, videatur facere adverſus id quod actum eſt; & exceptione taciti pacti a debitore juſta ratione removeri. Sed hoc diſerte Ulpianus *l. 2. §. 6. D. de doli mali & metus exceptione.*

Quintum taciti pacti exemplum dabit *l. 2. C. de pactis.* Verba. *Poſt venditionem hereditatis a te factam, ſi creditores contra emptores actiones ſuas moviſſe probare poteris, eoſque eas ſpontanea voluntate ſuſcepiſſe: exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis.* Species. Claudius ad quem reſcriptum eſt, hereditatem ad ſe pertinentem vendit: ea lege, ut emptores ſatisfaciant defuncti creditoribus. hi creditores actiones ſuas movent adverſus emptores: qui eas ut non cogantur ſuſcipere, quod non ſunt heredes, neque cum creditoribus contraxerunt, tamen ſponte ſuſcipiunt. mox iidem creditores (incertum, qua cauſa) conſiſtunt adverſus Claudium: quem vendita hereditate manſiſſe heredem, ideoque teneri actionibus hereditariis, negari nequit. in hoc rerum ſtatu rogat Imperatores Claudius; an poſſit ſe adverſus creditores tueri exceptione pacti, non quidem expreſſi; (nullum enim intervenit) ſed taciti? Illi reſcribunt, eum, ſi probet, creditores actiones ſuas moviſſe contra emptores, eaſque ab his ſpontanea voluntate eſſe ſuſceptas; exceptione taciti pacti non inutiliter defendi. Qua ratione? probabili. cedo. ita ſit: ut non debeant emptores inviti conveniri a defuncti creditoribus: tenentur tamen lege venditæ hereditatis, venditorem ab illis liberare. quin ceſſantes poſſunt a venditore, ut eum liberent, cogi actione venditi *l. 2. C. de hereditate vel actione vendita.* quid ni videantur creditores emptoreſque inſtituendo ſuſcipiendoque actiones hereditarias inter ſe approbaſſe legem venditæ hereditatis, alioquin inter venditorem emptoreſque obtinentem? demus: inquiet aliquis. quid hoc ad Claudium? nam Imperatores ei concedunt exceptionem taciti pacti adverſus creditores, licet nihil ipſe cum his pactus ſit palam aut tacite. interim quis ignorat, pactum ab alio factum, quantumvis in rem; alii non prodeſſe? Sed videamus: ne hic uſum inveniat, quod alibi ait Paulus, in rem pacta prodeſſe omnibus quorum obligationem diſſolutam eſſe ejus qui paciſcebatur, interfuit *l. 21. §. fin. D. de pactis.* ita alterius pactum alteri non proſit principaliter: tamen nil vetat, quo minus ei proſit per conſequentiam: modo ne paciſcenti quidem prodeſſet, ſi ejus commodum ad alterum non pertineret: certo, neceſſitatem facere jus; ubi non licet facere aliter. res exemplo fiet clarior. An quis neſcit, diverſas eſſe perſonas debitoris & fidejuſſoris? atqui ubi debitor in rem paciſcitur, Ne debeatur, id pactum non debitori prodeſt tantum, ſed fidejuſſori quoque *d. l. 21. §. fin.* propterea quod ne debitori quidem prodeſſet, ſi non prodeſſet fidejuſſori: habituro adverſus debitorem mandati actionem, niſi ejus pacto adverſus creditorem adjuvaretur *l. 46. D. de fidejuſſoribus.* Idem in propoſito dicamus, vendita hereditate. in qua æque diverſæ ſunt perſonæ, venditor & emptores. ac ſi inter emptores & creditores hereditarios fit pactum tacitum, Non amplius peti: non fit pactum principaliter cum venditore; nec ei principaliter prodeſt. cæterum non prodeſt emptoribus a quibus eſt factum, niſi proſit etiam venditori: redituro, ſi a creditoribus conveniatur, adverſus emptores per actionem ex vendito. igitur non ſinit ratio tuendi fidem pacti; ne exceptio taciti pacti venditori quoque adverſus creditores proſit. Finita ſunt aliqua, nondum omnia ſpeciei propoſitæ incommoda. adhuc enim ipſum quod de exceptione taciti pacti dixi, recipit dubitationem: eo quod Pomponius *l. 23. D. de ſolutionibus, Solutione*, inquit, *vel judicium pro nobis accipiendo & inviti & ignorantes liberari poſſumus.* Sed hoc ſcrupulo ipſe nos liberabit Pomponius; ſi prudenter accipiatur. non enim ait, poſſe nos liberari, alio ſolvente debitum noſtrum, aut alio ſuſcipiente actiones noſtras. ait, poſſe nos liberari, alio pro nobis ſolvente, vel judicium pro nobis ſuſcipiente. id fit: ubi alius debitum ſolvit noſtro nomine, vel judicium ſuſcipit noſtro nomine. non fit: ubi emptor hereditatis ſuſcipit

actiones hereditarias. non enim is venditorem reſpicit, ſed ſe. nec judicium ſuſcipit venditoris nomine; ſed ſuo: quia promiſit, eum liberare actionibus hereditariis. huic rei indicium: quod ſi non ſuſcipit venditoris defenſionem; ei tenetur actione venditi. & contra, ſi eam ſuſcipit, magis gerit ſuum, quam venditoris negotium *l.* 4. *& l.* 9. *C. de procuratoribus:* ideoque eum non liberat ipſo jure; ſed (ut ajunt Imperatores *d. l.* 2.) exceptione taciti pacti. quod & Papinianus *l.* 95. §. 10. *D. de ſolutionibus*, & Ulpianus *l.* 28. *D. Mandati vel contra*, in aliis ſpeciebus obſervarunt commode.

CAPUT III.

Prætorem in hoc Edicto ſub appellatione pacti conventi tam tranſactionem complecti, quam donationem: id eſt, pactionem & conventionem in ſpecie. & quid his ſignificetur?

Verum redeo ad Edictum. Prætor enim, cum ait, *Pacta conventa ſervabo*, non fuit contentus diviſione taciti & expreſſi pacti quam expoſui: ſed ſub his verbis adhuc duas alias comprehendit formas: una eſt in ſpecie pactum & conventum: altera tranſactio vocatur. utramque indicat Conſultatio Veteris Juriſconſulti quam ſuis Conſultationibus præmiſit Jacobus Cujacius. in ea citatur *Paulus lib.* 1. *Tit. De pactis & conventionibus vel tranſactionibus:* item ex Corpore Hermogeniano, *Titulus, De pactis & tranſactionibus.* Eſſe præterea video in Codice Thedoſiano Titulum, *De pactis & tranſactionibus.* ea vero quid denunciant? niſi quod pactum, & conventum, in Edicto eſt genus: cujus duæ ſunt partes: vel pactum & conventum in ſpecie tale, vel tranſactio. amplius ſuſpicor, olim unum fuiſſe Titulum qui in Digeſtis & Codice deinde a Juſtiniano diviſus eſt in duos. atque ea gratia in Digeſtis ſub Titulo, De tranſactionibus, nullum extat Edictum; ſicut nec opus fuit extare: quippe cum is Titulus ſit pars Edicti de pactis conventis.

Igitur, age, examinemus utramque pacti conventi formam: ſimul tenorem *l.* 1. *D. de tranſactionibus:* in qua noſtra eget Ulpianus diligentia, nondum expoſitis, ut oportet, ejus verbis. Verba Ulpiani. *Qui tranſigit, quaſi de re dubia & lite incerta, neque finita tranſigit. qui vero paciſcitur, donationis cauſa rem certam & indubitatam liberalitate remittit.* Ita Florentiæ interpungit Taurellius, etiam Haloander. nec aliter legiſſe videnter Græci, *Baſilic. lib.* XI. *tit.* 2. *tom.* 1. *pag.* 770. ſi vere: vix poteſt Ulpianus ſine rubore excuſari ab inepta ejuſdem rei repetitione: idem ſignificante hoc *donationis cauſa* & *liberalitate.* Ut tamen ei conſtaret ratio, ſubiit Franciſcum Duarenum, V. CL. diſtinguere: *Qui vero paciſcitur donationis cauſa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit.* Ingenioſe: ut ut placet Domino Vinnio, *De tranſactionibus c.* 1. §. 6, ea in definitione nec ſic eſſe ſat rationis. ipſe quidem, non inficior, vitio humanæ memoriæ aliquando idem eſſe a Veteribus bis ſcriptum. quin memini, me *lib.* 3. *Probabilium c.* 10. hujus erroris alibi convincere & Tryphoninum & Ulpianum. at in propoſito religio mihi eſt, adſpernari Duareni interpunctionem: animadverſo, obligationem & donationis & tranſactionis cauſa remitti *l.* 25. *& l.* 34. *C. de tranſactionibus:* perindeque dici, pactum tranſactione interponi *l.* 31. *C. eod. tit.* & pactum fieri donationis cauſa *l.* 9. *D. de donationibus.* quid ni enim præmiſiſſe hoc potuit Ulpianus *d. l.* 1. & ſubjeciſſe deinde, inter utramque pacti ſpeciem intereſſe: quod qui tranſigit, quaſi de re dubia & lite incerta, neque finita tranſigit: qui vero paciſcitur donationis cauſa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit? Mihi hoc fit probabile in his Fragmentis, & tamen addam, quod vel ſic circumſpecte accipiendus Ulpianus. nam ſi magis intra ejus verba ſubſiſtimus, quam ad ejus mentem atque ad rem ipſam adſurgimus: ſic loqui eum apparet; quaſi neget, rem dubiam aut litigioſam pertinere ad pactum quod donationis cauſa fit, & in ſpecie tale appellatur. interim id falſum eſt, & ipſius auctoritate Ulpiani refutatur *l.* 6. §. 3. *D. de his qui notantur infamia.* Paulus quoque *lib.* 1. *Sentent. tit.* 8. §. 5. clare, *De rebus*, inquit, *litigioſis & convenire & tranſigere poſſumus.* Prudenter igitur exaudiri Ulpianum oportet: cum ait, *Qui vero paciſcitur donationis cauſa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit.* Suaſerim autem, eum ſic accipi, quaſi ſcribat, Qui paciſcitur donationis cauſa, etiam rem certam & indubitatam liberalitate remittit: pari ratione, qua Seneca, *De providentia c.* 4. *Proſpera in plebem ac vilia ingenia deveniunt: at calamitates terroreſque mortalium ſub jugum mittere, proprium magni viri eſt.* Seneca ſignificat, aliquid eſſe ei commune cum plebe. proprium eſſe, quod vincit calamitates, terroreſque. commune, quod proſpera etiam ad plebem, vel æque ad plebem, atque ad illum deveniunt. Eodem modo Paulus *l.* 1. *D. Finium regundorum* ait, *Finium regundorum actio in perſonam eſt, licet pro vindicatione rei eſt:* cum vellet dicere, quod finium regundorum actio etiam in perſonam eſt; licet alioquin ſit pro rei vindicatione: eſſe enim mixtam actionem, Juſtinianus auctor eſt §. 20. *Inſt. de actionibus.* Similiter Pau-

Digitized by Google

Paulus *l.* 2. §. 3. *D. de rebus creditis*, *Creditum*, inquit, *conſiſtit extra eas res quæ pondere, numero, menſura, continentur.* pro, Creditum conſiſtit etiam extra eas res. Et *l.* 31. §. 1. *D. de uſurpationibus & uſucapionibus*, *In uſucapionibus mobilium continuum tempus numeratur:* ſignificans, continuum tempus etiam in mobilium uſucapionibus numerari: ut apparet ex *l.* 5. *D. eod. tit.* Nec tantum Paulus hoc locutus modo eſt; ſed ipſe quoque Ulpianus *l.* 1. §. 3. *D. de pactis:* ut jam annotavi ſupra capite 11. Idem vel ſimile obſervavi in *l.* 10. *D. de uſucapionibus:* ubi Ulpianus, *Et obtinuit*, inquit, *Sabini & Caſſii ſententia, traditionis initium ſpectantium:* pro, etiam traditionis initium ſpectantium: ut ex conjunctione *l.* 7. §. *ult. D. de Publiciana in rem actione* quæ eſt ex eodem Ulpiani lib. xvi Ad Edictum ex quo eſt *d. l.* 10, liquere poteſt. Sunt igitur ex Ulpiaoi ſententia duæ pacti & conventi formæ: una ſit donationis cauſa,. & dicitur pactum vel conventum in ſpecie: altera tranſactio appellatur. prior etiam de re certa & indubitata ſit: poſterior tantum in re dubia, aut lite incerta neque finita. Sic Ulpianus. Nec aliter Paulus *d. lib.* 1. *Sentent. tit.* 8. §. 5. verba Pauli. *De rebus litigioſis & convenire & tranſigere poſſumus. poſt rem judicatam pactum, niſi donationis cauſa interponatur, ſervari non oportet.* Paulus rem judicatam ponit pro exemplo rei certæ de qua negat tranſigi: at de rebus litigioſis & tranſigi & conveniri patitur. Non omnia adhuc dixi. præterea obſervandum, ab Ulpiano in *d. l.* 1. litem a re diſtingui: ut lis a cauſa ſeparatur *l.* 16. *C. de tranſactionibus:* cum alioquin ſint eædem lis, res, cauſa. dicitur autem Ulpiano lis quæ in judicium deducta; vel ut Varro ait *lib.* 6. *De lingua Latina*, quæ in controverſia eſt. de hac vero tranſigi, Ulpianus ſinit: quia quamdiu non eſt finita, incerta eſt ob ambigua fata cauſarum. ſic enim vocantur *l.* 14. *C. de advocatis diverſorum judiciorum.* Quintilianus, *Declam.* 1. *Pro cæco pag.* 12. diceret, facili momento cauſæ fata verti. Ulpianus confirmat, etiam tranſigi de re ſive de cauſa dubia. eſt autem cauſa (ut Iſidorus definit *lib.* 18. *Origin. c.* 15) materia & origo negotii necdum diſcuſſionis examine patefacta. Ea res ſive cauſa ſit dubia incerto conditionis ex qua pendeat futura actio *l.* 1. *C. de pactis:* etiam ob quam juris aut facti ambiguitatem ex qua lis, etſi nondum ſit, tamen metui poſſit. exemplum petas licet a Cicerone, *Pro Quintio*, loco paulo poſt allegando. dabit & aliud Imp. Antoninus *l.* 2. *C. de tranſactionibus*, verbis ſequentibus. *Cum te proponas cum ſorore tua de hereditate tranſegiſſe, & ideo certam pecuniam ei te debere caviſſe: etſi nulla fuiſſet quæſtio hereditatis, tamen propter timorem litis tranſactione interpoſita, pecunia recte cauta intelligitur: ex qua cauſa ſi fiſco ſolviſſes, repetere non poſſes: & ſi non ſolviſſes, tamen jure convenireris.* Antoninus Faber, Vir eximius *lib.* 17. *Conject. c.* 4. in hac lege pro *fiſco* reponit *illico.* elegantiſſima conjectura: niſi reclamarent omnes codices: retinentes *fiſco.* quomodo etiam legerunt olim Græci, *Baſilic. lib.* xi. *tit.* 2. *pag.* 778. *tom.* 1. igitur nec ego recedam a conſtante lectione: exiſtimans, breviter reſcriptum eſſe ad factum in libello plenius propoſitum, & a Græcis non inepte effictum ad hunc modum, Fabroto interprete. *Cum de hereditate ſorores duæ contenderent, una ex his de danda certa pecunia ſorori tranſactionis cauſa pepigerat, deque ea cautionem emiſerat: verum poſtea accidit, ut ſoror quæ cautionem acceperat, publicaretur, vel ut ſine herede decederet, ac fiſcus ei ſuccederet. quæ igitur cum ſorore ſua tranſegerat, cum jam fiſco ſolviſſet ea quæ cautione continebantur, aut non ſolviſſet quidem, ſed vereretur, ne a fiſco eo nomine conveniretur, Principem adivit, exponens, nullam ei juſtam cum ſorore de hereditate controverſiam fuiſſe, & fruſtra & ſine cauſa interpoſitam tranſactionem, deſiderabatque, ne cauta pecunia ab ea tranſactionis cauſa exigeretur: aut certe ut repetere quod ex ea cauſa ſolviſſet, ei liceret. Imperator igitur ad ejus libellum ita reſcripſit. Cum te proponas cum ſorore tua de hereditate tranſegiſſe, & ideo certam pecuniam te ei debere caviſſe, ſive in chirographum redegiſſe; etſi nulla fuiſſet quæſtio hereditatis, tamen propter timorem litis tranſactione interpoſita, pecunia recte cauta intelligitur: ex qua ſi fiſco ſolviſſes, repetere non poſſes: & ſi non ſolviſti, jure convenireris.* Sic Græci. ſi recte: poſſumus quoque carere conjectura Jacobi Cujacii *lib.* 9. *Obſerv. c.* 24, caſum *d. l.* 2. concipientis de viceſima hereditatis fiſco perſoluta. Ut ut erit: apparet, tranſactionem, auctore Ulpiano *l.* 1. *D. de tranſactionibus*, partim fieri de re dubia, partim de lite incerta, neque finita.

Ne hoc quidem ſufficit. plus vult Ulpianus: *Qui*, inquiens, *tranſigit, quaſi de re dubia aut lite incerta, neque finita tranſigit.* Mea enim ſententia, utitur figura quæ Litotes vocatur: per quam minus dicitur, & plus ſignificatur. ſenſus ejus: Qui tranſigit, non vult, jus certum atque indubitatum remittere ſine neceſſitate. hoc intendit qui in ſpecie paciſcitur, & propoſitum donationis habet. at qui tranſigit, ſe cogitat. ſibi enim cavet: ac quia videt, ſibi eſſe aut fore aliqua de re litem, ex eaque metuit periculum: eo cupit ejus incertum quam primum & quam minima cum moleſtia pactione ad certum adducere. ſicut vero intelligit, non poſſe ſe rem totam ea auferre via: ita nec vult totam perdere. agit igitur quod ſupereſt in re dubia: ut partem redimat, parte data aut promiſſa. is ſenſus verborum Ulpiani, *Qui tranſigit, quaſi de re dubia aut lite incerta, neque finita tranſigit.* atque is ſenſus idem huic Syri apud Terentium, *Adelph.* 2. *verſ.* 32.

Potius quam venias in periclum Sannio,
Serveſne, an perdas totum, dividuum face.

Nec alio pergit illud Petronii, *Satyric. Mihi plane placet emere: quamvis noſtrum ſit quod agnoſcimus, & parvo ære recuperare potius theſaurum, quam in ambiguam litem deſcendere.* Etiam hoc Ciceronis, *Pro Quintio. Tunc appellat ultro Nævium, ut quoniam ſuſpicaretur, aliqua de re fore controverſiam, videret, ut quam primum & quam minima cum moleſtia tota res tranſigeretur. dat iſte amicum M. Trebellium: nos Sex. Alphenum. res convenire nullo modo poterat: propterea quod hic mediocrem jacturam facere cupiebat: iſte mediocri præda contentus non erat.* Differt igitur tranſactio a pactione & conventione in ſpecie: altera fit ſine aliqua conditione donationis cauſa *l. 25. C. de tranſactionibus:* altera demum certa lege & conditione *l. 14. D. eod. tit.* altera igitur donatio *l. 15. §. 4. D. Locati conducti*, vel pactum aut remiſſio donationis cauſa *l. 9. D. de donationibus, & l. 34. C. de tranſactionibus:* altera remiſſio tranſactionis cauſa *d. l. 34*, etiam compoſitio vocatur *l. 6. D. Ad SCtum Turpilianum:* fere quomodo componere & donare diſtinguuntur apud Suetonium, *Caligula c. 40.* dicitur quoque deciſio. nam & decidere pro paciſci certa lege in *l. 3. §. 1. D. Ad legem Falcidiam*, *l. 44. D. de pactis*, & apud Senecam, *Conſolat. ad Polybium c. 30. Pro omnium horum ſalute hac tecum portione fortuna decidit.* Sic placet, quod in *l. 38. C. de tranſactionibus* cuidam Theodotioni, vel ut in aliis libris eſt, Theodotiano, reſcripſerunt Impp. Diocletianus & Maximianus, *Tranſactio nullo dato vel retento, ſeu promiſſo minime procedit.* Reſcripti ſenſus ſatis convenit ſuperioribus. plenior tamen fiet conjunctione loci integri qui eſt in *l. 3. C. de repudianda vel abſtinenda hereditate:* nam hujus partem eſſe *d. l. 38*, ipſa indicant hæc *d. l. 3.* verba. *Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Theodotiano. Suus heres exceptione pacti, qui teſtamentum injuſtum adſeverans, poſtea nihil ſe de paterna ſucceſſione petiturum, non ex cauſa donationis, ſed tranſigendi animo in jure profeſſus eſt: cum reſpuere quæſitam nequiret hereditatem, & tranſactio nullo dato vel retento ſeu promiſſo minime procedat, ſubmoveri non poteſt.*

Vera ſunt quæ dico: ideoque audebo etiam in *l. 6. C. de ſolutionibus* emendare hanc Imp. Gordiani ſcripturam. *Si inter patrem tuum, eoſque quos debitores eſſe dicebas, non de dubia lite tranſactio facta eſt, ſed parte tantummodo recuperata, univerſum ſe recepiſſe cavit, nec de ſuperſtuo eos quos verbis obligavit, per acceptilationem liberavit, nec donationis cauſa id* factum *eſt, exuberantis debiti integra ei repetitio competit.* Sic ubique editur. ſed ſcribe meo periculo. *nec de ſuperſtuo eos quos verbis obligavit, per acceptilationem liberavit, nec donationis cauſa id* pactum *eſt, exuberantis debiti integra ei repetitio competit.* Una turbavit litera: ea mutata, juſtus fit ſenſus qui ante erat nullus. nec opus demonſtratione: apparet. eo certius: quod mendam plane ſimilem in *l. 22. C. de negotiis geſtis* feliciſſime *lib. 1. Obſerv. c. 7*, deprehendit Vir Summus, Cornelius van Bynckershoeck, in Suprema Hollandiæ, Zelandiæ & Friſiæ Curia Senator: quem, ut meretur eximia ejus eruditio, hic honoris cauſa appello.

At quamquam tranſactio diſtet a pacto & convento in ſpecie: non tamen excluditur a generali pacti & conventi appellatione. ita Prætor promittens, pacta conventa ſervare, non minus tranſactiones ſervat, quam donationes. quod enim facit diſcrimen: pacta, inquiens, conventa ſervabo? Hoc porro obtento: inventus eſt effectus nedum pactionum in ſpecie talium; (quarum eſt facilis ratio: manifeſta donatione) ſed tranſactionum. nam ne ipſæ quidem, cum ſunt perfectæ mutuo conſenſu relinquunt alterius pœnitentiæ locum *l. 25. C. de tranſactionibus:* ne ſtatim quidem *l. 39. C. eod tit.* nec velamento valetudinis corporis adverſæ, ſi tranſegerit ſanus mente *l. 27. C. eod. tit.* Non magis valet ad reſcindendum pactum, quod dicatur interceſſiſſe ſecunda noctis hora: cum nullum tempus ſanæ mentis majoris viginti quinque annis conſenſum repudiet *l. 20. C. eod. tit.* ſufficit autem Prætori, pactum conventum, id eſt, ut in anteceſſum dixi, conſenſum eſſe. Quid, ſi reperta dicantur inſtrumenta quibus liqueat, nihil aut minus debitum fuiſſe? nec is ſufficit prætextus *l. 19. C. eod tit.* certa voluntate Edicti tantum quæri jubentis, an ſit pactum conventum: omiſſa quæſtione, an debeatur? magnos ſane habeo auctores, Diocletianum & Maximianum *d. l. 20*, huc ire Edictum: cum ajunt, non eſſe minorem tranſactionis, quam rerum judicatarum auctoritatem. proinde nec a me impetro, ne probem, quod iidem Imperatores *l. 23. C. eod. tit.* cuidam Tatiano in hæc reſcribunt verba. *Nec intentio creditorum Archimedori, cui alios ſucceſſiſſe profiteris, ſi obligatus pro eo non fuiſti, tenere te poteſt: ſed hoc integro negotio tractari convenerat: nam cum jam quæſtionem tranſactione deciſam, & a te dari placitam, numeratam pecuniam proponas: hujuſmodi indebiti ſoluti prætextu, improbe tibi petitionem decerni poſtulas: cum etſi tantum in ſtipulationem fuiſſet deducta, indebiti promiſſi velamento defendi non poſſes.* Si tamen ex falſis inſtrumentis initæ fuerint tranſactiones vel pactiones: non impedit ratio, revelato deinde falſo, ne retractari poſſint optimo jure *l. 42. C. eod. tit.* quando & judicati executio ſolet ſuſpendi, & ſoluti dari repetitio: ſi falſis inſtrumentis circumventam eſſe religionem judicantis, manifeſtis probationibus fuerit oſtenſum *t. t. C. Si ex falſis inſtrumentis vel teſtimoniis judicatum ſit.*

Aliquis putet, hæc belle procedere in pactis donationis cauſa factis. quem enim prohiberi, ſi velit, ſuum jactare? at iniquum eſſe in tranſactione. ad quam neminem venire; ut liberalitatem exerceat: ſed ob metum litis, vel ob rei incertum: id eſt, quodammodo neceſſitate. proinde ſi conſtet, poſtea repertis inſtrumentis, nil eſſe actori debitum, cum ei aliquid eſſet conceſſum; vel plus eſſe datum, cum minus deberetur; vel minus, cum plus deberetur: quid cauſæ eſſe, cur ſervandum ſit pactum conventum; curve indebite datum aut promiſſum, ubi non debeatur, ibi manere debeat: jam manifeſto errore? Fuerit tamen rationis, vel tranſactionem bona fidè factam, cum aut lis eſſet, aut metus litis, numquam reſcindi; nec magis ex ea datum repeti: ne repertis quidem poſtea inſtrumentis quibus liqueat, nihil aut minus debitum fuiſſe: volente utilitate tuendæ pacis, utcumque ſervari pacta conventa quibus lis ſine dolo malo finiatur *l.* 10. *C. de tranſactionibus.* Atqui nulla fuit res media. Demus, ante tranſactionem. at poſt eam non eſt ita. quod enim ex ea datur aut promittitur, non datur aut promittitur ſine cauſa: non enim datur, quaſi debitum ſolvatur; ſed hac lege, ut a lite diſcedatur. datur igitur ob rem; id eſt, ob cauſam, non præteritam, ſed futuram, ipſam probam, atque etiam ſequutam: ideoque nec revocari, tamquam indebitum, oportet *l.* 65. §. 1. *D. de condictione indebiti.*

Idem eſſe, ſi de incerto conditionis tranſigatur, Severus & Antoninus opinantur *l.* 1. *C. de pactis*, verbis ſequentibus. *Conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conventione finitum eſt. Cum igitur verbis fideicommiſſi petitum a patre tuo profitearis*, Ut, ſi vita ſine liberis decederet, hereditatem Licinio Frontoni reſtitueret: *pactum eo tempore* de ſextante [Licinio] Frontoni dando, cum liberos Philinus non ſuſtulerit, *interpoſitum, non idcirco poteſt iniquum videri; quod facta (ſicut placuit) diviſione diem ſuum, te filio ejus ſuperſtite, functus eſſet.* Fac: (exponam enim ſpeciem) aliquis habens duos filios, alterum Philinum nomine, alterum Licinium Frontonem; utrumque heredem inſtituit; & Philinum rogat: ut, ſi vita decedat ſine liberis, partem ſuam Licinio Frontoni, fratri ſuo, reſtituat. id fideicommiſſi onus cum alteri moleſtum, utrique incertum videretur: placuit eis, (quod jure licebat *l.* 46. *&* *l.* 21. §. 4. *D. de pactis*) de fideicommiſſi conditione tranſigere: ejuſque tranſactionis lex fuit; ut Philinus Licinio Frontoni daret ſextantem oneratæ partis; & contra Licinius Fronto petitioni fideicommiſſi in totum renuntiaret. hac lege facta diviſione: natus eſt Philino filius, ſimiliter Philinus patris nomine vocitatus: ut ex Inſcriptione *d. l.* 1. intelligitur. is filius cum ſuo eſſet ſuperſtes patri, Principes adiit per libellum petens, tranſactionem reſcindi; & a patruo ſibi reſtitui ſextantem: quod cauſatur, patrem ſuum non videri, ſe ſuperſtite, ſine liberis deceſſiſſe *l.* 148. *D. de verborum ſignificatione:* ac ſextantem a patre datum patruo, ut a fideicommiſſi petitione deſiſteret, ab eo ſine cauſa, eoque inique retineri: non enim exiſtente fideicommiſſi conditione, non fuiſſe fideicommiſſum quod ab eo remiſſum intelligi poſſit. Sic Philinus. quid Imperatores? duplicem eſſe inſpectionem: unam eventus rei, alteram conſilii tranſigentium: poſteriorem autem ad rem pertinere, priorem non pertinere. etſi enim concedatur, defeciſſe fideicommiſſi conditionem, Philino filio patri ſuo ſuperſtite; ideoque nullum patruo futurum fuiſſe jus retinendi ſextantis, ſi nulla eſſet ſubſecuta tranſactio: tamen quia poterat Philinus ſine liberis decedere, eoque exiſtere fideicommiſſi conditio: ſuas illis fuiſſe rationes non iniquas; cur tum vellent fideicommiſſi incertum aliqua finire lege: interfuiſſe enim eorum, id fieri; partim, ut certum fieret utriuſque jus quod ante erat incertum; partim, ut retineretur concordia: altero deinceps nihil improbe captante: altero nihil metuente. utcumque igitur potuiſſet rei exitus carere tranſactione, ſi non eſſet facta: interim juſtam ab initio cauſam, cur fieret: ideoque neque ipſam, poſtquam facta eſt mutuo conſenſu, tamquam iniquam reſcindi, neque ſextantem ex ea datum repeti oportere: eſſe enim datum ob rem futuram, nec inhoneſtam, atque etiam ſequutam. Sic Severus & Antoninus *d. l.* 1. quibus & alii Imperatores in ſimili facto aſſentiuntur *l.* 16. *C. eod. tit. &* *l.* 11. *C. de tranſactionibus.*

Fit igitur tranſactio, ut ex Ulpiano dictum ſupra, ſi res dubia ſit, aut lis incerta, neque finita. quid, ſi res certa, aut lis finita ſit, verbi gratia, re judicata? jam donari poteſt, tranſigi non poteſt: ac ſi tranſigatur, non ſervari tranſactionem, Paulus refert *lib.* 1. *Sentent. tit.* 8. §. 5: niſi quod Ulpianus animadvertit *l.* 11. *D. de tranſactionibus*, quæ eſt ex ejus lib. IV Ad Edictum, aliqua poſſit poſt rem judicatam lis eſſe: ſive quod appellatum ab ea eſt; ſive quod negatur, judicatum eſſe; vel ignoratur, an judicatum ſit; ſive quod ab ea appellari potuit *l.* 7. *D. eod. tit.* cæterum ſi nulla lis eſſe poſſit: etſi donatio fieri poſſit; (cum nemo prohibeatur ſuum jactare) tamen tranſactio quaſi de re dubia fieri nequit: ac ſi fiat, eam nullius momenti eſſe, ſolutumque repeti poſſe, Imp. Antoninum cum D. patre ſuo reſcripſiſſe, Ulpianus ait *l.* 23. §. 1. *D. de condictione indebiti:* evidente jam vexatione; quam Veteres calumniam appellant *l.* 233. *D. de verborum ſignificatione.* nam etſi promittat Prætor, ſervare pacta conventa: tamen dolo malo facta, non ſervat. Atque

id neſcio, an Paulus velit *l.* 65. §. 1. *D. de condictione indebiti.* verba Pauli Florentiæ ita eduntur. *Et quidem quod tranſactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur. nam ſi lis fuit, hoc ipſum, quod a lite diſceditur, cauſa videtur eſſe. ſin autem evidens calumnia detegitur, & tranſactio imperfecta eſt, repetitio dabitur.* In aliis libris eſt, *& tranſactio imperfecta eſt, & repetitio dabitur.* Longe melius. forte ſcriptum erat, *& tranſactio imperfecta EsT repetitio dabitur.* iiſque Siglis ſignificabatur, *& tranſactio imperfecta eſt, & repetitio dabitur.* Sed Librarius parum animadvertens ad majuſculas literas, & rationem geminandi eas, voculam *et* poſteriore loco omiſit.

CAPUT IV.

Prætorem in hoc Edicto ſervare pacta conventa in rem, & in perſonam. & quæ illa?

Apparet igitur, Prætorem, cum ait, *Pacta conventa ſervabo*, æque tacita pacta atque expreſſa ſervare: nec minus donationes, quam tranſactiones. ſed nec refert ejus, utrum pacta ſint in perſonam, an in rem: ut enim dixi, generaliter ait, pacta conventa ſervabo: nec ea quæ in rem ſunt, ab his quæ in perſonam ſunt, diſtinguit. porro ait Ulpianus *l.* 7. §. 8. *D. de pactis*, In rem pacta eſſe, quoties generaliter paciſcor, Ne petam; id eſt, ne ab ullo petam: in perſonam autem, quoties, ne ab una & certa perſona, verbi gratia, Lucio Titio petam. Eſt vero notabilis hic ejus diſtinctionis effectus: ut in rem pactum proſit omnibus quorum diſſolutam eſſe obligationem, ejus qui paciſcebatur, interfuit *l.* 21. §. *ult. D. eod. tit.* in perſonam pactum dumtaxat proſit ei cum quo factum eſt. Hoc Paulus obſervat *l.* 17. §. 3. *D. eod. tit.* verba Pauli. *Si quis paciſcatur*, Ne a ſe petatur, *heredi exceptio non proderit.* Sic legendum, expunctis verbis, *ſed ut ab herede petatur:* quæ ſunt otioſa; & deſunt in editione Parienſi Vintimillii anni 1548: apud Ruſſardûm autem & Charondam hemicyclis includuntur tamquam ſuſpecta. Eodem modo legendum *l.* 22. *D. eod. tit.* *Niſi hoc actum eſt*, ut dumtaxat a reo non petatur: *tunc enim fidejuſſor exceptione non utetur.* Nam verba, *a fidejuſſore petatur*, quæ in pleriſque editionibus adduntur, ſimiliter hemicyclis includuntur apud Ruſſardum & Charondam; in Vintimillii autem editione deſiderantur. cæterum eſſe & hic cautione opus, Ulpianus putat *d. l.* 7. §. 8*:* plerumque enim fieri inquit, ut perſona pacto inſeratur: nec tamen perſonale pactum fit: ut ſi ideo fiat perſonæ mentio, ut demonſtretur cum quo pactum fiat. exemplum apud Papinianum *l.* 40. *D. eod. tit.* *Tale*, inquit, *pactum*, Profiteor te non teneri, *non in perſonam dirigitur, ſed cum generale ſit, locum inter heredes quoque litigantes habet.* Proinde placet quod Ulpianus *d.* §. 8. *l.* 7 addit, *Utrum in rem, an in perſonam pactum factum ſit, non minus ex verbis, quam ex mente convenientium æſtimandum eſſe.* Tantum monendum, quod præpoſtere loquitur Ulpianus. fuerat dicendum, *non minus ex mente convenientium, quam ex verbis.* Nihil tamen mutandum: ſunt enim frequentes Veteribus tales Hyſterologiæ: atque ideo explicatione, non emendatione adjuvandæ. vix opus exemplis. adduxit aliquot Ruſſardus ad *d.* §. 8. *l.* 7, & Cujacius *lib.* 3. *Obſerv. c.* 5. quibus de meo addo §. 12. *d. l.* 7. de quo §. poſt ſuo loco. Vult igitur Ulpianus, utrum pactum ſit in rem, an in perſonam, ex paciſcentium verbis intelligi: niſi appareat, contrariam fuiſſe eorum mentem: tunc enim verba cedere menti. quod ſi nulla ſint argumenta pro contraria mente; verbis ſtandum eſſe. ſi tamen dubium ſit, utrum in rem, an in perſonam pactum factum ſit: magis in rem, quam in perſonam pactum intelligitur *l.* 57. §. 1. *D. de pactis*, & *l.* 9. *D. de probationibus.*

CAPUT V.

Cum a Prætore petitur ſervari pactum conventum; probari oportere, eſſe inter eos inter quos agitur, ac de re qua de agitur, conſenſum. Utriuſque generis exempla pulchra & difficilia.

Tempus eſt faciendi finem interpretationi verborum Edicti, *pacta conventa.* ſatis enim oſtendi, propoſitum eſſe Prætori, ſervare omne plurium in idem placitum & conſenſum. ſaltem monebo, oportere, ut ſervetur pactum conventum, eſſe inter eos inter quos agitur, & de re qua de agitur, conſenſum nam tum demum apparet pactum conventum a Prætore ſervandum. Poſſit hoc alicui levius videri, quam ut notari opus ſit. Sed alia fuit ſententia Pauli *l.* 27. §. 4. *in fine D. de pactis*, monentis, *Ante omnia animadvertendum eſſe, ne conventio in alia re facta, aut cum alia perſona, in alia re, aliave perſona noceat.* Recte: nam poteſt frequens eſſe dubitatio, an ſit pactum conventum. placebunt ſpecies quas adferam.

Pri-

Primam dabunt hæc Ulpiani verba *l. 9. D. de tranſactionibus. Qui cum tutoribus ſuis de ſola portione adminiſtratæ tutelæ ſuæ egerat, & tranſegerat: adverſus eoſdem tutores ex perſona fratris ſui cui heres extiterat, agens, præſcriptione factæ tranſactionis non ſummovetur.* Duo fratres impuberes eoſdem habent tutores. alter pubes factus, adverſus tutores ſuos egit actione tutelæ de portione adminiſtratæ tutelæ ſuæ: & de ea cum his tranſegit. idem deinde frater, altero mortuo, cum ei heres exiſteret, actione tutelæ experitur adverſus eoſdem tutores, tamquam heres fratris, & de ejus portione. tutores eum ſummovent præſcriptione tranſactionis: præfati, ſe cum eo tranſegiſſe de actione tutelæ; & ſervandum eſſe a Prætore pactum conventum. optimo jure: ſi ſuo nomine, & de ſua portione experiretur. nunc tutelæ agit; ſed fratris nomine, & de ejus portione: de qua adeo non tranſegit; ut de ea ne cogitarit quidem: quod non eſſet ejus. non igitur debet de una portione conventum, porrigi ad alteram de qua non eſt cogitatum. ita Ulpianus: & pro ratione ſubjicit §. 1. *d. l. 9*, quod tranſactio quæcumque ſit, de his tantum de quibus inter convenientes placuit, interpoſita creditur. At in alia abit Scævola *l.* 122. §. *ult. D. de verborum obligationibus.* verba Scævolæ. *Duo fratres hereditatem inter ſe diviſerunt, & caverunt ſibi, nihil ſe contra eam diviſionem facturos: & ſi contra quis feciſſet, pœnam alter alteri promiſit. poſt mortem alterius: qui ſupervixit, petit ab heredibus ejus hereditatem, quaſi ex cauſa fideicommiſſi ſibi a patre relicti debitam. & adverſus eum pronuntiatum eſt, quaſi de hoc quoque tranſactum fuiſſet. Quæſitum eſt, an pœna commiſſa eſſet? Reſpondit, pœnam ſecundum ea, quæ proponuntur, commiſſam.* Sed videamus; ne ſpeciale jus faciat Judicis ſententia, etſi erronea. proponuntur duo fratres a patre heredes inſtituti, & invicem rogati; ut ſi quis eorum ſine liberis moreretur, ejus portio alteri reſtitueretur. mortuo patre, dividunt hereditatem fratres: ſubjecta clauſula, Nihil ſe contra eam diviſionem facturos; & ſi quis contra feciſſet, pœnam alteri promiſit. Uno ſine liberis mortuo, ab eoque extraneis heredibus inſtitutis: is qui ſupervixit, ab heredibus petit hereditatem, quaſi debitam ex cauſa fideicommiſſi, ſibi a patre relicti. heredes ſe tuentur exceptione tranſactionis: quod dicunt, de hoc fideicommiſſo eſſe tranſactum diviſione hereditatis. & ſecundum exceptionem pronuntiatum eſt ſententia Judicis. quæritur, an debeatur pœna ex ſtipulatu? ſi veritatem ſpectamus: non debetur pœna; promiſſa non ſimpliciter; ſed ſub conditione, ſi contra diviſionem feciſſet frater. is vero nihil fecit contra diviſionem. fateor: petiit fideicommiſſum ſibi a patre relictum. at contra diviſionem facere non eſt petere debitum fideicommiſſum: verum facere contra id quod eſt diviſione actum. hac porro placuit, ut a rerum hereditariarum communione abiretur *l. 1. D. Familiæ erciſcundæ:* non item, ne ſuo tempore portionem hereditatis reſtitueret qui rogatus ſit eam reſtituere. non igitur videtur tranſactione diviſionis remiſſa eſſe fideicommiſſi reſtitutio. At enim cœpit cujuſque proprium fieri quod cuique obtigit diviſione: fideicommiſſi autem petitio ſuum cuique aufert. Sit ita: addixerit ſuum cuique diviſio: fecit tamen ſuum uniuſcujuſque, non abſolute, ſed cum onere reſtitutionis, exiſtente fideicommiſſi conditione *l. 77. §. 18. D. de legatis lib. 2.* non igitur poteſt commiſſa videri pœna, ob fideicommiſſi petitionem: qua nihil eſt actum adverſus diviſionem. Sic: ſi rem ſpectamus. Quid Scævola? aliam tenuit viam. qui potuit? puto, quia pronuntiatum fuit ſententia Judicis, quaſi de hoc quoque tranſactum fuiſſet. at erravit Judex. nemo negat. interim res judicata pro veritate habetur. igitur ſive in diviſione ſit de fideicommiſſo tranſactum, ſive non ſit: tamen poſtquam pronuntiatum eſt, tranſactum eſſe; deinde non fuit quærenda veritas, ad rem jam nihil pertinens: recteque reſpondit Scævola, pœnam ſecundum ea quæ proponuntur, eſſe commiſſam.

Non minus pulchra eſt ſecunda Ulpiani ſpecies in his verbis *l. 9. §. ult. D. de tranſactionibus. Ei qui nondum certus, ad ſe querelam contra patris teſtamentum pertinere, de aliis cauſis cum adverſariis pacto tranſegit; tantum in his interpoſitum pactum nocebit, de quibus inter eos actum eſſe probatur. His tantum tranſactio obeſt, quamvis major annis viginti quinque eam interpoſuit, de quibus actum probatur. nam ea quorum actiones competere ei poſtea compertum eſt, iniquum eſt perimi pacto id de quo cogitatum non docetur.* Species. Erant complures cauſæ inter Titium & Sempronium dubiæ. de omnibus facta tranſactione, placuit adverſus eam nihil fieri propter cauſas ex quibus hactenus lis naſci poſſit. (non extat illa clauſula in verbis *d. l. 9. §. ult.* ſed ex ejus tenore intelligitur) mox apparuit, Titium eſſe patris ſui teſtamento exheredatum, ſcripto herede Sempronio, ab eoque aditam eſſe hereditatem. Titius agit querela inofficioſi teſtamenti. quæritur, an ei noceat exceptio tranſactionis? pro Sempronio ſtat tranſactio de omnibus cauſis quæ erant inter eos dubiæ: nec ambigitur: quin ex his ſit querela inofficioſi teſtamenti Titio delata: adita poſt patris mortem hereditate. contra facit: quod Titius de querela, etſi ei competente, non erat certus tempore tranſactionis: adhuc non intellecta patris morte. quid Ulpianus? putat, Titio nocere pacti exceptionem: ſed dumtaxat in cauſis de quibus actum ſit inter eum & Sempronium. at ex his cauſis non eſſe querelam qua de quæritur. quia nondum innotuerat Titio: qui nondum reſciverat, mortuum eſſe patrem ſuum, ſe-

que

que ab eo eſſe exheredem ſcriptum. non igitur debere Titio agenti querela inofficioſi teſtamenti, nocere exceptionem tranſactionis: quia non videtur Titius de querela tranſegiſſe, de qua non conſenſit: quia de ea non cogitavit. & commode Ovidius *lib.* 3. *Artis amatoriæ.*

Quod latet, ignotum eſt: ignoti nulla cupido.

Sed diligenter animadvertendum, quid ſit id de quo tranſactum ſit ſæpe enim fit; ut ſit tranſactum, ubi non videtur tranſactum eſſe: & vice verſa; ut non ſit tranſactum, cum putatur eſſe tranſactum. Exemplum in *l.* 29. *C. de tranſactionibus.* Verba ejus ſunt. *Sub prætextu ſpecierum poſt repertarum: generali tranſactione finita, reſcindi prohibent jura. Error autem circa proprietatem rei apud alium extra perſonas tranſigentium tempore tranſactionis conſtitutæ, nihil poteſt nocere.* Titius cum Sejo tranſegit de genere, ſive de re cujus appellatione multæ continentur ſpecies, qualis eſt hereditas, verbi gratia. placuit, ne petatur. procul dubio fit adverſus tranſactionem; ſi deinde hereditas, id eſt, ſi genus, ſive univerſitas petatur. nec minus, ſi petatur aliqua ejus ſpecies. cum enim genus conſtet ex ſuis ſpeciebus, ſicut totum ex ſuis partibus; & omnes veniant generis, ſive totius appellatione: tam fit adverſus fidem tranſactionis, ſi aliqua petatur ſpecies, quam ſi totum petatur genus. tranſacto ergo de genere, ne petatur; actum eſt, ne de ulla ejus ſpecie aut parte agatur: perinde ac ſi omnes eſſent nominatim enumeratæ. utique ſi fuerint tum, cum tranſigeretur, notæ. probabile enim eſt, conſenſum eſſe de his quæ apparebant, & poterant ſub cogitationem cadere. ſed quid, ſi poſt innotuerit aliqua ante ignota? forſan dubitari poſſit. an enim eſt tranſactum de re de qua non fuit conſenſum? & qui poteſt videri conſenſum de re de qua non fuit cogitatum eo, quod ignorabatur? ſuffecerit tamen, eſſe de genere cogitatum; ut de eo, ſingulisque ejus ſpeciebus, tranſactum eſſe intelligatur. cum enim ſpecies ſit pars generis: quiſquis de genere cogitat, (niſi ignorat quæ omnes homines ſciunt) etiam de ſpeciebus cogitaſſe ſe, negare vix poteſt. ac proinde ſi de genere tranſigit, niſi quid ſpecialiter excipiat, de omnibus generis ſpeciebus, tamquam ejus partibus, eum tranſigere conſequens eſt: ſive notæ fuerint, ſive incognitæ. quando, ut præclare Imperatores *d. l.* 29, *Sub prætextu ſpecierum poſt repertarum: generali tranſactione finita, reſcindi prohibent jura.* ac ſecundum hæc jam ante Scævola reſpondit *l.* 78. §. *fin. D. Ad SCtum Trebellianum.* Non tamen eſt hoc ſine temperamento accipiendum: ſi præſertim eoſdem audimus Imperatores in ſequentibus verbis *d. l.* 29. *Error autem circa proprietatem rei apud alium extra perſonas tranſigentium tempore tranſactionis conſtitutæ, nihil poteſt nocere.* Species hæc ſit. Sejus hereditatem poſſidet pro herede. eam hereditatem Titius ſuam eſſe intendit. Gajus ex ea rem aliquam poſſidet. eo fit, ut Titius eam rem Gaji eſſe per errorem opinetur. Titius cum Sejo tranſigit de hereditate. deinde ad Sejum devenit res a Gajo poſſeſſa. hanc nunc Titius ſuam eſſe vindicat. Sejus ſe tuetur exceptione pacti conventi: quod dicit, ſe cum Titio tranſegiſſe de hereditate in qua ea res fuerit. quæritur, an ea exceptio Titio obſtet: ſi eam rem, quam tempore tranſactionis Gaji eſſe ideo arbitratus eſt, quod tum apud Gajum eſſet, vindicet, poſtquam eam recepit Sejus? Sed non putant Imperatores, obſtare. Atqui reſcindi nequit generalis tranſactio: ne ſub prætextu quidem ſpeciei poſt repertæ. Eſto: at non ideo hic rejicitur ea exceptio quod tranſactio reſcinditur: ſed quod non eſt tranſactum de re quæ petitur: quia de ea non eſt cogitatum tempore tranſactionis. Titius tamen tranſegit de hereditate: eoque de omnibus rebus hereditariis: hæc vero eſt hereditatis. ſed Titius non putavit, eſſe hereditatis. ergo de ea non tranſegit: quia de ea non cogitavit. Sic illi recte. Etſi mirari ſubeat, cur putent, Titium magis de re, quam eſſe neſcivit, tranſegiſſe, quam de ea quam eſſe ſciebat, ſed hereditariam eſſe, non putabat. Niſi poteſt adferri ratio: quod nil vetat, ignorantem quid in hereditate ſit, ſi velit, de tota hereditate tranſigere, atque ea lege: ne deinde agat, qualiſcumque tandem res emergat hactenus incognita. hoc vero fieri quia ratio patitur; conveniſſe in primis generaliter tranſigentem, verborum latitudo oſtendit, & utilitas tollendarum litium admittit. at cum certum eſt, Titium rem qua de agitur, pro hereditaria non habuiſſe: apparet, eum de ejus renunciatione tempore tranſactionis non cogitaſſe: quippe cum tranſegerit tantum de hereditate, in qua hanc rem eſſe non putavit: certa porro voluntate atque animo, quid opus verbis, ſaltem ad ſignificandam animi voluntatem inventis? Non tamen hoc temere admittunt Imperatores *d. l.* 29. certe non alias, quam ſi hæc res quæ ex hereditate eſt, tempore tranſactionis apud alium fuerit extra tranſigentes: eo quod hoc demum modo fit probabilis Titii error: nemine eum reprehenſuro, quod non inquiſiverit in rem in quam non cadebat ſuſpicio, eſſe hereditariam. cæterum, ſi poſſideat eam alter paciſcentium, ſive is ſit petitor, ſive reus: aliter dicendum eſt: quia illo caſu rem ſuam noſſe actor poteſt: hoc non habet cauſam, cur minus putet, eam hereditatis eſſe, quam cæteras quæ a reo poſſideantur.

Paris elegantiæ eſt Reſcriptum *l.* 31. *C. de tranſactionibus.* Verba. *Si de certa re pacto tranſactionis interpoſito hoc comprehenſum erat,* nihil amplius peti: *etſi non additum fuerat*, eo

no-

nomine, *de cæteris tamen quæſtionibus integra permaneat actio*. Species. Inter Titium & Proculum pendent complures ſive res ſive lites. de certa re, id eſt, de una nominatim re, fit inter eos tranſactio, pacto interpoſito, Nihil amplius peti; nec addito, Eo nomine. petitur deinde actio de cæteris quæſtionibus: an poteſt ea elidi exceptione pacti conventi? movet, quod in pacto tranſactionis generaliter dictum eſt, Nihil amplius peti. contra movet, quod de cæteris quæſtionibus non eſt cogitatum. omnis autem tranſactio conſenſu finitur. placet igitur Diocletiano & Maximiano, de quibus non eſt cogitatum, de his non eſſe tranſactum: quia de his non eſt conſenſum. Atqui dictum, Nihil amplius peti: idque verbum in infinitum patet. Sic tamen explicandum: ne latius, quam conſenſum ſit, evagetur. Ita inſpicientibus tranſigentium animum, (nam omnis pactio & conventio magis eorum animo regitur, quam verbis) perinde erit, ac ſi dictum eſſet, Nihil amplius eo nomine peti. atque hoc eſſe civili jure receptum olim tradidit Papinianus *lib.* 1. *Definitionum*, ex quo in *l.* 5. *D. de tranſactionibus* hæc extant verba. *Cum Aquiliana ſtipulatio interponitur, quæ ex conſenſu redditur, lites de quibus non eſt cogitatum, in ſuo ſtatu retinentur. liberalitatem enim captioſam interpretatio Prudentum fregit*. Merito ſuſpectus eſt hic locus: cum enim Papiniani ſermo eſt de tranſactione cui ſubjecta eſt ſtipulatio Aquiliana, & mox acceptilatio: quis uſus vocis, *liberalitatem?* nulla tranſactioni communione cum liberalitate: a qua diſtat toto cœlo *l.* 1. *D. eod. tit.* magis potuit Papinianus cogitare de liberatione quæ contingat per ſtipulationem Aquilianam & ſecutam mox acceptilationem. igitur accedam Petro Fabro ad *l.* 28. *D. de regulis juris*, pro *liberalitatem* reſtituenti *liberationem*. quod & placuit Arnoldo Vinnio, *De tranſact. c. ult. n.* 16. Nempe poteſt tranſactio fieri nudo pacto: etiam ſtipulatione Aquiliana, inſequente mox acceptilatione: ſi reus malit liberari ipſo jure, quam pacti conventi exceptione. Aquiliana enim ſtipulatio novat & perimit præcedentes obligationes; atque ipſa rurſus acceptilatione perimitur *l.* 4. *D. eod. tit.* illa porro vel in ſpeciem concipitur, vel generaliter. ſic factum ab Aquilio Gallo *l.* 18. §. 1. *D. de acceptilatione*. priore caſu dumtaxat una novatur ac tollitur ſpecies expreſſa: poſteriore novantur omnes præcedentes obligationes, eæque mox per acceptilationem tolluntur: utique, ſi id actum ſit *l.* 6. *&* 7. *D. eod. tit.* alioquin ad eas de quibus non eſt cogitatum, non pertinet. atqui, inquies, generalis eſt ſtipulationis Aquilianæ ſermo. Sed conſenſu regitur, ſicut pactum, atque etiam ſtipulatio *l.* 1. §. 3. *D. de pactis*. porro non eſt conſenſus, niſi volentis atque intelligentis; cum ſit animi actus. tantum igitur veniunt in Aquilianam ſtipulationem, etſi verbis latiſſime diffuſam, obligationes de quibus cogitatum eſt: quia in has demum conſenſum eſt: cæteræ in ſuo ſtatu manent. & eſt obſervandum, quod Papinianus *d. l.* 5. ſubjicit: *Liberationem enim captioſam interpretatio Prudentum fregit*. ſic legendum: ut dixi. ſenſus, Prudentum interpretatio in Fori diſputatione, in qua ea res vertebatur, infirmavit, compeſcuit, inhibuit, vim formulæ, qua infinita liberatio ad captionem ſeu læſionem imprudentum hominum, contra eorum voluntatem, facile contingeret.

Aliud exemplum eſt in his Scævolæ verbis in *l.* 3. §. 1. *D. de tranſactionibus*. *Cum tranſactio propter fideicommiſſum facta eſſet*, [*&*] *poſtea codicilli reperti ſunt: quæro, an quanto minus ex tranſactione conſecuta mater defuncti fuerit, quam pro parte ſua eſt, id ex fideicommiſſi cauſa conſequi debeat? Reſpondit, debere*. Ecce: teſtamento filii relictum eſt ejus matri fideicommiſſum certæ quantitatis. de eo fideicommiſſo mater tranſegit cum ſcripto herede. poſtea repertis codicillis, intellectum eſt, matri plus eſſe relictum, quam teſtamento fuerat expreſſum. quæritur, an quanto minus ex tranſactione conſecuta mater fuerit, quam pro parte ſua eſt, id propter codicillos ex fideicommiſſi cauſa conſequi debeat? Scævolæ placuit, debere. Nec eſt: quod videatur ipſe ſibi contradicere *l.* 78. §. *fin. D. Ad Senatuſconſultum Trebellianum*. eſt enim alia ibi ſpecies, quam in *d.* §. 1. *l.* 3. nam in *d. l.* 78. §. *fin.* facta fuit tranſactio de fideicommiſſo hereditatis teſtamento datæ: quæ non poteſt reſcindi eo, quod reperta deinde ſint inſtrumenta quibus liqueat, eam hereditatem eſſe ampliorem, quam initio credidiſſent partes: cum utique de hereditate tranſegerint: ut jam ſupra demonſtratum. verum in *d. l.* 3. §. 1 eſt quidem tranſactio facta de fideicommiſſo in teſtamento relicto: ſed reperti deinde ſunt codicilli, quibus præterea aliud eſt relictum fideicommiſſum, de quo non fuit tempore tranſactionis cogitatum: quia non erat eo tempore cognitum. ac jam quæritur, an tranſactio facta de teſtamentario fideicommiſſo ad codicillare porrigatur? poſſit quis dubitare: eo quod codicilli quodammodo habentur pro parte teſtamenti *l.* 14. *D. de jure codicillorum*, *l.* 11. *D. Teſtamenta quemadmodum aperiantur*: & qui de teſtamento tranſigit, intelligitur de omnibus ejus partibus tranſigere. ſed ſervanda eſt interpretatio Celſi *l.* 12. *D. de tranſactionibus*, eam difficultatem ſic attemperantis. *Non eſt ferendus qui generaliter in his quæ teſtamento ei relicta ſunt, tranſegerat, ſi poſtea cauſetur, de eo ſolo cogitaſſe quod prima parte teſtamenti, ac non etiam quod poſteriore legatum ſit. Si tamen poſtea codicilli proferantur: non improbe mihi dicturus videtur, de eo dumtaxat ſe cogitaſſe quod illarum tabularum quas tunc noverat, ſcriptura contineretur*. Florentiæ a Taurellio ſic edi-

tur, *dEo ſolo cogitaſſe quod prima.* Scribo, *dEo ſolo cogitaSE quod prima.* Id ſignificat, *de eo ſolo cogitaſſe ſe quod prima.* Hoc ſenſus exigit; & ſic paulo poſt loquitur Juriſconſultus.

CAPUT VI.

Prætorem pacta conventa in hoc Edicto non actione ſervare, ſed exceptione; & eſſe ei ſermonem non de quibuſvis pactis, ſed de his quibus agitur, Ne petatur. ea Prætoris mens unde conjiciatur: cum latiſſima ſint ejus verba. Ulpianum in Edicti interpretatione enumerare omnia pactionum genera: cum Prætor agat de pactis nudis, Ne petatur. & quæ ſit ejus rei ratio?

Hactenus oſtendi, verba, *pacta conventa*, in Edicto patere late. deinceps diſputabo, quid velit Prætor; cum ait, *pacta conventa ſervabo:* non enim liquet, quomodo ea ſervet: utrum tantum exceptionibus, an etiam actionibus. Dices: utriſque utitur in judicio familiæ erciſcundæ, aut communi dividundo, adjudicationes ab arbitro factas tuiturus *l.* 44. §. 1. *D. Familiæ erciſcundæ.* at hoc etſi illic agat Prætor, invitante ratione: hic non agit. non eſt enim illi negotium in hoc Edicto, qualiacumque pacta conventa qualicumque modo ſervare. In infinitum tamen patent Edicti verba, *pacta conventa ſervabo.* Memini. ſed finienda illa amplitudo eſt deſtinatione Prætoris, ſaltem volentis adjuvare Legem Duodecim Tabularum: quæ, ut ſupra dixi, locuta fuit de pactis, quibus agitur, Ne petatur: neque tamen omnibus, ſed legitimis & ſolemnibus. motus igitur Prætor æquitate exempli, hoc Edicto cætera confirmavit pacta quæ ſine lege conſtarent ex conventu; modo ſimiliter ad tollendam litem pertinerent: ſine dubio, ut actionem Juris Civilis, propter fidem pacti, exceptione excluderet: non etiam, uti pactum nudum actione tueretur. alterum ſuadebat utilitas minuendarum litium. alterum impediebat metus augendarum. id intelligitur his quæ ſupra attuli. poteſt tamen & Regula Juris, & ordine Edicti perpetui confirmari. Primum Regula. ſic ab Ulpiano vocatur *l.* 7. §. 5. *D. de pactis.* ea Regula definit, pactum nudum neque parere, neque tollere actionem; ſed parere exceptionem. *d. l.* 7. §. 4. unde? niſi ex Edicto quo de agimus. Hoc eo verius: quia huc pergit quoque ordo Edicti perpetui. in quo Edictum de pactis conventis fuit medium inter Edicta de edendo, & de in jus vocando. indicium: quod Paulus lib. 3 Ad Edictum egit de edendo, & de pactis: libro autem 4 de in jus vocando. ſimiliter Ulpianus libro 4 Ad Edictum explicuit Edicta de edendo, & de pactis: libro autem 5 Edictum de in jus vocando: apparet ex Inſcriptionibus Fragmentorum Pauli & Ulpiani ſub ſingulis Titulis. Sit ita. quid ſequitur? quod dixi, Edictum de pactis, etſi verborum adſpectu videatur agere de quibuſvis pactis: tamen ejus mentem quærentibus, tantum ad pacta nuda referri: ipſa quoque non alia, quam quæ in jus vocationem prævenire aut finire poſſint.

Non me confundit, quod Ulpianus *l.* 1. *l.* 5. & *l.* 7. *D. de pactis* in expoſitione hujus Edicti non modo pacta conventa quæ de non petendo ſunt, tractat: ſed etiam alia. aut enim fallor, aut voluit Ulpianus, in pacti definitione ſequi Veterum præceptum: cujus meminit Cicero, *in Topicis* §. 13, ſic ſcribens: *Veteres præcipiunt, cum ſumpſeris ea quæ ſunt ei rei quam definire velis, cum aliis communia, uſque eo perſequi, dum proprium efficitur, quod nullam in aliam rem transferri poſſit.* Sed non fallor. ſequutus hoc præceptum Ulpianus, cum primum in *l.* 1. *D. de pactis* dixiſſet, pactum conventum eſſe duorum vel plurium in idem placitum & conſenſum; hoc eſt, cum ſumpſiſſet ea quæ ſint illi cum cæteris conventionibus communia: deinde inſtituta varia conventionum diviſione, inchoatam definitionem uſque adeo perſequutus eſt, dum efficeret propriam: quæ non poſſet in aliam rem transferri, eoque actionem neque pareret, neque tolleret, ſed ad exceptionem tantum prodeſſet. diviſit enim conventionem in publicam & privatam: privatam autem in legitimam & juris gentium: hanc rurſus in nudam & non nudam: id eſt, in eam cui cauſa ſubeſt, & cui non ſubeſt cauſa: illam cui cauſa ſubeſt, in contractum vel nominatum vel innominatum: denique ſubſiſtit in ea quæ nuda eſt, & cui non ſubeſt cauſa. unde propriam pacti conventi formam & differentiam quæ huc ſpectat, accipi oportet. De ſingulis videamus.

CAPUT VII.

Conventiones alias eſſe publicas, alias privatas: & has rurſus eſſe Juris gentium, vel legitimas. quæ conventio ſit publica aut privata?

Prima conventionum diviſio proponitur ab Ulpiano *l.* 5. *D. de pactis*, his verbis. *Conventionum autem tres ſunt ſpecies. aut enim ex publica cauſa fiunt, aut ex privata. [privata] aut legitima aut juris gentium. publica conventio eſt quæ fit per pacem, quoties inter [ſe] du-*

duces belli quædam paciſcuntur. Ita Florentiæ. at non caret difficultate, & quidem duplice. una eſt, quod Ulpianus facit ſpecies conventionum tres. cum enumeret duas; publicam, & privatam. altera difficultas eſt, quod privatam conventionem ſubdividit in legitimam & juris gentium: perinde quaſi publica conventio ad jus gentium non æque pertineat. at Iſidorus *lib. 5. Originum c.6.* ait, *Jus gentium eſſe, ſedium occupationem, ædificationem, munitionem, bella, captivitates, ſervitutes, poſtliminia, fœdera pacis, inducias.* Apud Livium quoque *lib. 9. c.* 11 Pontius, *Hoc*, inquit, *fide, hoc fœderibus, hoc fœcialibus cærimoniis dignum erat, ut tu quidem quod petiſti, per pactionem habeas tot cives incolumes, ego pacem quam hoſti tibi remittendo pactus ſum, non habeam? hoc tu A. Corneli, hoc vos fœciales juris gentibus dicitis?* Sed videamus, quid remedii utrique malo adhiberi ſuadeat ars noſtra. initium faciam a poſteriore. in quo Ulpianus ſimili utitur ratione quam eſt ſequutus in *l. 1. §. 2. D. de juſtitia & jure.* ait ibi, jus omne vel publicum vel privatum eſſe: & privatum colligi ex præceptis naturæ, gentium, & civilibus: nec interim de publico, licet ex iiſdem proficiſcatur fontibus, adjicit quidquam: puto, quod in Inſtitutionum libris ex quibus deſumptus eſt is locus (ut ex Inſcriptione diſci poteſt) ſupervacua erat diviſio juris publici: quippe cum non ejus, ſed privati, juris expoſitionem in Inſtitutionibus ſibi propoſuerat. Sic Ulpianus in *d. l.* 1. §. 2. Quid in *d. l. 5?* eamdem tenuit viam. primum conventiones diviſit in publicas & privatas: deinde privatas rurſus in legitimas & juris gentium: non quod nollet publicas eſſe Juris Gentium. non etiam quod negaret, eas fieri certa forma. clare enim Livius *d. loc.* in fœderibus meminit Fœcialium, & fœcialium cærimoniarum: ſed quod non putaret, eas pertinere ad interpretationem Edicti, tantum de privatis conventionibus propoſiti. Atque ut in poſteriore parte non culpo Ulpianum: ſic habeo cauſam cum excuſandi in priore. eſt enim una adhibenda cautio; ut verborum diviſio a rerum diviſione ſeparetur. nam Ulpianus, ſi quidem ad ejus verba advertatur, tres facit conventionum ſpecies, quarum duas enumerat, alteram ſubdividit: ſi vero ad rem attendatur, verba adfert quatuor: ſcilicet conventiones publicas, privatas, legitimas, & juris gentium: res non plures, quam tres: puta, conventiones publicas, legitimas, & juris gentium. quemadmodum ſi dixero, res eſſe aut corporales aut incorporales; & corporales rurſus aut mobiles aut immobiles: verba poſuero quatuor; res non plures, quam tres: ſcilicet, mobiles, immobiles, & incorporales: quarum enarratio fit in *l.* 15. §. 2. *D. de re judicata*, & *l. 7. §. 4. D. de peculio*, omiſſa corporalium mentione: eo quod res mobiles & immobiles ſunt corporales. Non igitur carpenda hæc Ulpiani diviſio: Conventio eſt triplex; alia publica, alia privata; privata autem vel legitima, vel juris gentium. nec eſt alius hujus diviſionis ſenſus; quam ſi diceret, conventionem eſſe triplicem, vel publicam, vel legitimam, vel juris gentium: deſumpta diſtributione ab ipſa rerum differentia. ſicut enim res ſunt vel publicæ vel privatæ; ſic conventio eſt vel publica vel privata: alia ad ſtatum rei Romanæ, alia ad ſingulorum utilitatem ſpectans. nec eſt, cur rurſus privata non in legitimam & juris gentium ſubdividatur: quia aliqua novam formam accipit a civili jure: aliqua non accipit; ſed ſimplicitatem juris gentium retinet. Sed de diviſione conventionum vel nimis. videamus de partibus. prima eſt conventio publica. *quæ* (ut Ulpianus ait in *d. l. 5*) *fit per pacem, quotiens duces belli quædam inter ſe paciſcuntur.* Ita Florentiæ extat. at Haloander edit, *quæ fit per Principem, aut quotiens.* Nata ea varietas (ut mihi videtur) ab ambiguo intellectu Sigli P. quod & *Pacem* & *Principem* ſignificare, ex eo liquet, quod Valerius Probus has Notas, O. P. F. exponit, *optimo Principi fecit.* Petrus etiam Diaconus illa Sigla, OPT. P. interpretatur, *optimo Principi:* hoc vero P₉. explicat *pax.* Sed minus placet Haloandri lectio, *per Principem:* diſtinguente Ulpiano conventionem in publicam & privatam magis ex pactionis cauſa, quam ex perſonis paciſcentium. id oſtendunt ejus verba, *Aut enim ex publica cauſa fiunt, aut ex privata.* nec male: nam ſi a Principe de re ejus privata conveniatur, ſive emptione, ſive venditione, ſive alio ſimili negotio: non publica, ſed privata, conventio eſt; eaque Principem tenet non modo gentium, ſed & civili jure: cum certum ſit, eum quoad vitæ miniſteria, legibus vivere; quamquam pro Principe ſeu Legislatore agens, legibus ſolutus ſit. probabilior igitur eſt Florentina lectio, *Publica conventio eſt quæ fit per pacem, quoties duces belli quædam inter ſe paciſcuntur.* Aliquis dicet, publicam eſſe conventionem, ſive per pacem fiat, ſive cum duces belli inter ſe quædam paciſcuntur, ſive aliter modo pactum fiat de re publica. Nec intercedo: ſiquidem juſta quæratur definitio. ſed quod in ſimili A. Gellius de Varrone dixit *lib. 1. Noct. Attic. c. 25.*, hic de Ulpiano dicam, non fuiſſe ei negotium; ut publicam conventionem ſuperſtitioſe definiret, & legibus rationibuſque omnibus definitionum inſerviret: ei ſatis viſum eſſe, ejuſmodi facere demonſtrationem ex qua, quænam publica conventio ſit, aliqualiter intelligatur: Græcoſque id genus τύπους magis & ὑπογραφὰς, quam ὁρισμούς, vocare. Erit igitur Ulpiani ſenſus, eſſe publicam conventionem, quæ fit de cauſa publica, verbi gratia, cum pax fit. Non me fugit, quod ea demum fit ab his quibus a Populo cujus ſit ſummum imperium, datum eſt jus

faciendæ pacis. nam ſi quis Conſul, aut Prætor injuſſu Populi faciat ſponſionem de pace: ſe quidem obligat; ſed Populum qui non juſſit ſponſionem fieri, non obligat: ut bene Poſthumius apud Livium *lib.* IX. *c.* 8. *&* 9. id tamen ab Ulpiano idcirco non additur definitioni publicæ conventionis: quia ei non ineſt quæſtio, quinam poſſint publicam facere conventionem; ſed quæ ſit publica conventio. Eſt igitur publica conventio, verbi gratia, cum pax fit. Addit Ulpianus, *Aut quotiens duces belli quædam inter ſe paciſcuntur*. ſenſus: Eſt etiam publica conventio, verbi gratia, cum duces belli quædam inter ſe paciſcuntur: ut inducias aut alia quæ ſpectent ad belli adminiſtrationem: quam qui duci dat; videtur ei dare omnia ſine quibus bellum adminiſtrari nequit. ita belli duces, etſi de pace qua bellum finitur, convenire nequeant injuſſu Populi cujus eſt bellum componere, ſicut indicere jure ſummi imperii: tamen Populi injuſſu inducias facere jure minoris poteſtatis, probat Livius *lib.* 30. *c.* 37; cum ait, Carthaginienſes inducias impetraſſe a Scipione, donec ab Roma legati rediſſent. extat & aliud apud eum exemplum *lib.* 9. *c.* 15.

CAPUT VIII.

Quo ſenſu Ulpianus in l. 5. D. de pactis legitimam conventionem diſtinguat a Juris Gentium conventione. Pauli definitionem quæ eſt in l. 6. D. eod tit. eſſe bonam: ſed Ulpiano imprudenter jungi ab Architectis Juris. exempla legitimarum conventionum ex ſententia Ulpiani. Legitimas conventiones aliquando uſu ſic accipi, quaſi ſint Juris Gentium. etiam Juris Gentium conventiones aliquando induere naturam legitimarum. eſſe juris Gentium conventiones quarum obligationes dicuntur civiles: & cur?

Venio ad privatam conventionem. quæ eſt, cum pactum fit de re privata & familiari. ea conventio Ulpiano in *d. l.* 5. *D. de pactis* eſt vel legitima, vel juris gentium. quæ vero legitima ſit, non ipſe ſubjicit, ſed Tribonianus in *l.* 6. *D. eod. tit.* atque ex lib. 3 Pauli Ad Edictum: dicentis, *Legitimam conventionem eſſe quæ lege aliqua confirmatur.* Vere: ſed non convenienter Ulpiano. is legitimam conventionem a juris gentium conventione diſtinguit pari ratione qua Marcianus ea quæ ſunt juris civilis, ſeparat ab his quæ juris gentium appellantur *l.* 17. §. 1. *D. de pœnis.* Hoc ut ſentiam, idem ſuadet Marcianus: cum in *l.* 15. *D. de interdictis & relegatis* quaſdam conventiones ſpeciali jure civitatis, quaſdem jure gentium, æſtimat: & in his ponit emptionem, venditionem, locationem, conductionem, permutationem, ſœnus, & cæteras ſimiles: quas juris gentium eſſe, Hermogenianus *l.* 5. *D. de juſtitia & jure*, etiam Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. de pactis*, profitetur. itaque putem, Ulpianum *d. l.* 5. *D. de pactis*, cum privatam conventionem aliam facit legitimam, aliam juris gentium; velle, aliquam a civili jure accipere formam novam & juri gentium incognitam; aliquam retinere ſimplicitatem juris gentium. illam eſſe propriam quarumdam perſonarum, verbi gratia, civium Romanorum, neque perfici aliter, quam ſolemni forma. iſtam non tantum civibus Romanis, ſed etiam peregrinis permitti; neque ſolemnibus juris civilis adſtringi. alterum gentium, alterum civili juri conſequens eſt. Et certe quod ad juris gentium conventionem attinet; poteſt ejus vis liquere teſtimonio Marciani: dicentis, deportatos civitate carere, & ſpeciali jure civitatis non frui: poſſe tamen emere, vendere, locare, conducere, permutare, fœnus exercere, & cætera ſimilia. ſine dubio, quia hæc ex jure gentium ſunt: id autem jus deportato, etſi peregrinus ſit, competit. *d. l.* 15. ſervit igitur juris gentium conventio ſimplicitati juris gentium; nec eſt civium Romanorum propria, ſed etiam peregrinis permittitur. addo, nec ſolemnia aut verborum aut ſcripturæ, aut alia deſiderat; ideoque tam inter abſentes contrahitur, quam inter præſentes. Hujus rei multa ſunt in jure documenta. ex quibus illud Gaji *l.* 2. *D. de obligationibus & actionibus. Conſenſu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, ſocietatibus, mandatis. Ideo autem iſtis modis conſenſu dicimus obligationem contrahi: quia neque verborum, neque ſcripturæ, ulla proprietas deſideratur: ſed ſufficit eos qui negotia gerunt conſentire. Unde inter abſentes quoque talia negotia contrahuntur: veluti per epiſtolam, vel per nuntium.* Gajo addam Ulpianum. is in *l.* 1. §. 2. *D. de contrahenda emptione*, *Emptio*, inquit, *venditio juris gentium eſt: & ideo conſenſu peragitur, & inter abſentes contrahi poteſt per nuntium & per literas.* Paulus quoque *l.* 1. *D. Locati conducti* ait, *Locationem & conductionem, cum naturalis ſit & omnium gentium, non verbis, ſed conſenſu contrahi: ſicut emptionem & venditionem.* Ita in juris gentium conventionibus. At in illis quæ juris civilis ſunt, aliter obſervatum fuit. id, exempli gratia, oſtendet nexum, dotis dictio, ſtipulatio, acceptilatio, contractus nominum.

Pri-

Prima ſpecies eſt nexum. Feſtus, verbo, *Nexum*, Nexum, inquit, eſſe quodcumque per æs & libram geritur, idque necti dici. quo in genere eſſe teſtamenti factionem, nexu dationem, nexu liberationem. primum nexi exemplum eſt teſtamenti factio, de qua egregie Theophilus ad §. 1. *Inſt. de teſtamentis ordinandis.* alterum exemplum eſt nexu datio: de qua ita Boëthius *lib.* 3. *Comment. in Topica Ciceronis. Jure civili aliquid non inter alios, niſi inter cives Romanos fieri poteſt, quorum eſt etiam jus civile, quod Duodecim Tabulis continetur. omnes vero res quæ abalienari poſſunt, id eſt, quæ a noſtro ad alterius tranſire dominium poſſunt, aut mancipi ſunt, aut nec mancipi: mancipi res veteres appellabant quæ ita abalienabantur, ut ea abalienatio per quandam nexus fieret ſolemnitatem. Nexus vero eſt quædam juris ſolemnitas quæ fiebat eo modo quo in Inſtitutionibus Gajus exponit. Ejuſdem autem Gaji lib. primo Inſtitutionum de nexu faciendo hæc verba ſunt. Eſt autem mancipatio, ut ſupra quoque indicavimus, imaginaria quædam venditio quod ipſum jus proprium Romanorum eſt civium, eaque res ita agitur, adhibitis non minus, quam quinque teſtibus Romanis civibus puberibus & præterea alio ejuſdem conditionis qui libram æneam teneat qui appellatur libripens. is qui mancipium accipit, æs tenens ita dicit: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum eſſe ajo, iſque mihi emptus eſt hoc ære æneaque libra, deinde ære percutit libram, indeque æs dat ei a quo mancipium accipit: quaſi pretii loco. quæcunque igitur res lege* XII *Tabularum aliter, niſi per hanc ſolemnitatem, abalienari non poterat.* Tertium nexi exemplum eſt nexu liberatio: de qua paulo poſt.

Interim dicam de dotis dictione. nam & illa fuit Juris Civilis conventio, complexa (ut Gajus ait, *lib.* 2. *Inſt. tit.* 9.) verborum obligationem. ita fiebat verbis, & ſolemnibus, nulla tamen præcedente interrogatione: ut idem Gajus ait *d. loc.* Ejus formulam a mulieris parte exhibet Terentius, *Andria* 5. 4. *verſ.* 47. his verbis.

– – – *Dos eſt, Pamphile,*
Decem talenta.

Ea verba ad dotis dictionem refert Sidonius Apollinaris *lib.* 1. *Epiſt.* 11. Dotem ſic dictam debuiſſe deinde a viro accipi, ex eodem intelligitur Terentio: apud quem ſtatim reſpondet Pamphilus, *accipio.* & notat Donatus. *Ille niſi dixiſſet, accipio, dos non eſſet. datio enim ob acceptum confirmatur.* Sed dotis dictio, præter certa verba, etiam certas deſiderabat perſonas. talis erat mulier, & pater, ac debitor mulieris. cæteræ omnes dotem non dictione, ſed ſtipulatione promittebant: ut Gajus refert *d. loc.* & Ulpianus *tit.* 6. itemque intelligi debet Paulus *l.* 41. *D. de jure dotium.* Ne hoc quidem improbabile eſt, quod ea dotis dictio tantum inter cives Romanos obtinebat. nam eſſe hoc civili conventioni conſequens, ex ſuperioribus apparet. de dotis autem dictione id poſt M. Aurelium Galvanum, *De uſufructu c.* XV, tradidit Jacobus Gothofredus, ad *l.* 4. *Cod. Theod. de dotibus*, ex Vetere Scholiaſte ad Perſium, *Sat.* 2. *verſ.* 14.

Dotis dictioni addam ſtipulationem. quam eſſe juris civilis, indicat Paulus *l.* 27. §. 2. *D. de pactis: In ſtipulationibus*, inquiens, *jus, in pactis factum verſari.* Id enim, me interprete, valet, pactum eſſe juris naturalis; ſtipulationem juris civilis. Et argumentum mihi: quod idem Paulus *l.* 48. §. 1. *D. de adquirendo rerum dominio* ſimiliter ait, uſucapionem *ad jus*; fructuum capionem *ad factum* pertinere: ſignificans, uſucapionem eſſe juris civilis; fructuum capionem juris naturalis. alterum probat *pr. Inſt. de uſucapionibus.* alterum §. 35. *Inſt. de rerum diviſione.* Pari modo Modeſtinus *l.* 10. *D. de capite minutis* ait, legatum in annos ſingulos, vel menſes ſingulos relictum, vel ſi habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidere; capitis deminutione tamen interveniente, perſeverare: videlicet, quia tale legatum *in facto* potius, quam in jure conſiſtit. Sic ille: nihil, aliud volens, quam tale legatum non juris civilis, ſed juris naturalis eſſe. Sed apparet ſtipulationem ex Pauli ſententia eſſe juris civilis. Nec alio ſpectat, quod idem Paulus *lib.* 2. *Sent. tit.* 3. & ante Pomponius *l.* 5. §. 1. *D. de verborum obligationibus* ait, ſtipulationem eſſe conceptionem verborum quibus is qui interrogatur, reſponderit, daturum facturumve ſe quod interrogatus eſt. Unde enim hæc forma incognita jure gentium: niſi a ſubtilitate juris civilis? inde quoque, quod Ulpianus obſervat, ut ſtipulatio non ſolo conſenſu, ſed verbis fiat; nec a muto, aut ſurdo, neque inter abſentes, neque nutu, perficiatur *l.* 1. *pr.* & §. 2. *D. eod. tit.* Ab eadem ratione eſt: quod ne verba quidem ſufficiunt, niſi ſolemnia & directa. id Leo refert & mutat *l.* 10. *C. de contrahenda ſtipulatione.* amplius dicam, debuiſſe ea verba eſſe Latina. etſi hoc quoque ſit mitigatum diſputatione Sabini *d. l.* 1. §. *ult.* poſtremo addam, ſtipulationem non inter alios, quam cives Romanos obtinuiſſe. id enim civili conventioni conſequens eſſe, ſupra oſtenſum eſt: facitque ei Ulpianus *l.* 14. §. 1. *D. de novationibus*: ſcribens, deportatum, quem certum eſt obligari conventionibus juris gentium, ſtipulatione non obligari.

At ſicut ſtipulatio, ſic acceptilatio fuit civilis conventio. indicio, quod vocatur actus legitimus *l.* 77. *D. de regulis juris*, & civilis ſolutio *l.* 107. *D. de ſolutionibus.* igitur habebat uſum non inter peregrinos, ſed inter cives Romanos. nec aliter fiebat, quam verbis, iiſque certis & ſolemnibus, amplius Latinis. præterea non tollebat honorarias obligationes, verum civiles, & verbis contrac-

tas: utique, ſi ejus naturam ſpectes. nam de uſu mox.

Interea non omittam, quod ſtipulatio aliquando fiebat nexu per æs & libram, aliquando ſine ea ſolemnitate. eodemque modo liberatio per acceptilationem aliquando fiebat interveniente contraria ſolemnitate, aliquando ſine ea. obſervavit hoc Jacobus Rævardus ad *l.* 35. *D. de regulis juris:* nec habeo quod addam, præter hoc Ciceronis ex *lib.* 2. *De legibus: Hoc de medio eſt jure civili, ut* (legatarii) *per æs & libram heredem ſolvant, & eodem loco res ſit, quaſi ea pecunia legata non eſſet, ſi is cui legata eſt, ſtipulatus eſt id ipſum quod legatum eſt, ut ea pecunia ex ſtipulatione debeatur.* Niſi huc ſpectat quoque ſequens Gaji locus *l.* 4. *D. Commodati vel contra: Sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.* Eſt enim is locus, quod Inſcriptio indicat, ex *lib.* 1. *Gaji De verborum obligationibus.* Sed hoc vidit Franciſcus Connanus, *lib.* 7. *Com. jur. civil. c.* 3. *n.* 2.

Poſtremo inter civiles conventiones poſui contractum nominum. at hunc quoque quia pulchre atque erudite explicuit Jacobus Rævardus *lib.* 3. *Variorum c.* 1, non agam actum.

Hactenus oſtendi, Ulpianum *d. l.* 5. *D. de pactis* conventionem legitimam ac Juris Gentium diſtinxiſſe a forma aut ſimplicitate quam altera habeat a Jure Civili; altera a Jure Gentium. Porro monendum eſt, ſi in formam Juris Civilis (ut fit, movente utilitate) aliqua cadat mutatio: conventionem in mutatis articulis ſuam exuere naturam; & cum initio fuerit Juris Civilis; aliquando accipi, quaſi juris gentium exiſtat. Id ſuadet acceptilatio: quam Juris Civilis fuiſſe, ſupra oſtendi: cæterum formam mutaſſe alicubi, certus auctor eſt Ulpianus *l.* 8. §. 4. *D. de acceptilatione:* acceptilatione, inquiens, tolli obligationes etiam honorarias. qua ratione? ait: *Quia hoc jure utimur, ut juris gentium ſit acceptilatio. & ideo puto, & Græce poſſe acceptum fieri, dummodo ſic fiat, ut Latinis verbis ſolet.* Senſus, ut Jure Gentium in his cenſeatur acceptilatio, uſu invaluiſſe contra Juris Civilis ſubtilitatem. huc ire verba, *Hoc jure utimur*, annotavi *lib.* 1 *Probabilium c.* 2 & 3. Sic in acceptilatione. Simile in ſtipulatione Ulpianus *l.* 1. §. *ult. D. de verborum obligationibus.* Verba Ulpiani. *Eadem an alia lingua reſpondeatur, nihil intereſt. proinde ſi quis Latine interrogaverit, reſpondeatur ei Græce; dummodo congruenter reſpondeatur, obligatio conſtituta eſt. idem per contrarium. Sed utrum hoc uſque ad Græcum ſermonem tantum protrahimus: an vero & ad alium, Pœnum forte, vel Aſſyrium, vel cujus alterius linguæ, dubitari poteſt? Et extat ſcriptura Sabini, ſed & verum patitur, ut omnis ſermo contineat verborum obligationem.* Elbertus Leoninus *lib.* 2. *Emendat. c.* 5. legit, *Et extat ſcriptura Sabini, & verum putatur.* ſine neceſſitate. nam *verum* Ulpiano eſt æquum: ſicut in *l.* 9. §. 6. *D. de adminiſtratione tutorum*, etiam apud Livium *lib.* 23. *c.* 11. *in fin.* & *lib.* 42. *c.* 23. & in illo Horatii.

Metiri ſe quemque ſuo modulo & pede verum eſt.

Eſt igitur Juris Gentium ſtipulatio hac in parte.

Contra evenit quoque, ut Juris Gentium conventio accipiatur, quaſi ſit Juris Civilis. hoc uno exemplo demonſtraſſe, contentus ero. Regula Juris eſt ex Q. Mucii libro ſingulari ὅρων, *Nec paciſcendo, nec legem dicendo, nec ſtipulando, quiſquam alteri cavere poteſt l.* 73. §. *fin. D. de regulis juris.* Idque jus in ſtipulatione certum. eſt enim Juris Civilis ſtipulatio. At in pacto qui procedit? nam pactum juri gentium imputatur: Modeſtinus, autem ita definit *l.* 53. *D. de adquirendo rerum dominio* quæ eſt ex ejus *lib.* 14. *Ad Q. Mucium, Ea quæ civiliter adquiruntur, per eos qui in poteſtate noſtra ſunt adquirimus: veluti ſtipulationem. quod naturaliter adquiritur, ſicuti eſt poſſeſſio, per quemlibet volentibus nobis poſſidere adquirimus.* Sed quid eſt? etſi pactum proprie conſiſtat in facto, & juris gentium ſit: hactenus tamen juris civilis habetur, ne per extraneum adquiratur.

Nec illud quidem ſilebo, eſſe juris gentium conventiones quarum civiles dicantur obligationes: quia, ut Juſtinianus ait, ſunt certo jure civili comprobatæ §. 1. *Inſt. de obligationibus.* tales ſunt quæ tranſeunt in ſpeciale nomen contractus, ut mutui, commodati, depoſiti, pignoris, item emptionis, locationis, ſocietatis, mandati. ſunt enim omnes juris gentium: nomina autem prodita ſunt jure civili *l.* 3. *D. de præſcriptis verbis, l.* 1. §. 2. *D. de rerum permutatione.* imo, ſi quæ conventio non quidem tranſeat in ſpeciale nomen contractus, ſed ei ſubſit datio aut factum, etiam ea, utcumque ſit juris gentium, tamen quia civilem parit obligationem, comprobatione civilis efficitur *l.* 7. §. 2. *D. de pactis. l.* 5. §. 1. *l.* 15. *D. de præſcriptis verbis.* Sed neque negem, ipſas juris gentium conventiones, poſtquam approbatæ ſunt uſu juris civilis, eoque certum acceperunt nomen, ab eo aliquam habere formam. nam ea apparet *d. l.* 1. §. 2. *D. de rerum permutatione, &* §. 41. *Inſt. de rerum diviſione.* imo Juſtinianus §. *ult. Inſt. de mandato* vocat negotii formam. Celſus *l.* 48. §. *ult. D. eod. tit.* mandati formam: Papinianus *l.* 24. *D. depoſiti* depoſiti naturam & notos terminos: Ulpianus *l.* 7. §. 15. *D. de pactis* in depoſito nominat juris formam: Paulus *l.* 26. §. 1. *D. depoſiti*, depoſiti modum. quod ſi eſt: quæ, inquies, ſupereſt differentia inter juris civilis & juris gentium conventiones, eas præſertim quæ ſint jure civili comprobatæ? utræque enim præter conſenſum qui juris gentium eſt, habent formam

cer-

certam a jure civili. Sed rem ſignemus. etſi juris gentium conventiones ſint jure civili comprobatæ; eoque qualem qualem acceperint formam: non tamen acceperunt formam civilium conventionum; & ideo non appellantur civiles. nam neque ſolemnia verba deſiderant; neque contrahentium præſentiam; neque item ut inter cives Romanos celebrentur. quod in juris civilis conventionibus contra eſt. nam hæ inter cætera tantum ſolemnia admittunt verba, neque inter abſentes, neque inter peregrinos contrahuntur: ac ſi quid ex his cæterisve ad formam requiſitis mutent, juris gentum fiunt: ut ſupra demonſtratum eſt. Expoſui Ulpianum *l. 5. D. de pactis.*

Quid Paulus *l. 6. D. eod. tit?* is legitimam conventionem vocat ſenſu longe alio. non enim hanc definit a forma juris civilis, nec magis eam ſeparat a conventionibus juris gentium, ſicut ab Ulpiano factum *d. l. 5*; ſed a nudis conventionibus, nulla lege confirmatis. adeo nil obſtat, quo minus legitima Pauli conventio ſit juris gentium, qualis fuit, antequam ſpeciali lege adjuvaretur: modo non acceperit formam novam, & juri gentium incognitam: licet in foro ſit adepta vim quam non haberet, lege non adminiculata. Quod ſi eſt: non a me impetro; ne negligentiæ accuſem Juris Architectos: Ulpianeæ diviſioni quæ eſt in *d. l. 5*, ſubjicientes Pauli verba in *d. l. 6*, ad quam non pertinent. ut enim dixi; apparet, Paulum legitimas conventiones non opponere conventionibus intra ſimplicitatem juris gentium conſiſtentibus, quod Ulpianum feciſſe oſtendi; ſed eas quæ nulla lege adjuvantur.

Caput IX.

Conventiones Juris gentium eſſe nudas vel non nudas. has dici contractus. quid contractus? eum eſſe duplicem: alium certum ac nominatum: alium incertum & innominatum.

Expoſui legitimas & Juris gentium conventiones, ſimul ſententiam Ulpiani & Pauli *l. 5. & l. 6. D. de pactis.* Tranſeo ad *l. 7. pr. §. 1. & 2. D. eod. tit.* ubi Juris Gentium conventiones Ulpianus dividit: ſed brevius & obſcurius danda igitur opera; ne quis hic quoque impingat. verba Ulpiani ſunt. *Juris gentium conventiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones. §. 1. Quæ pariunt actiones, in ſuo nomine non ſtant, ſed tranſeunt in proprium nomen contractus: ut emptio, venditio, locatio, conductio, ſocietas, commodatum, depoſitum, & cæteri ſimiles contractus. §. 2. Sed & ſi in alium contractum res non tranſeat, ſubſit tamen cauſa: eleganter Ariſto Celſo reſpondit, eſſe obligationem: ut puta, dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc* συνάλλαγμα, *id eſt, contractum eſſe, & hinc naſci civilem obligationem. & ideo puto recte Julianum a Mauriciano reprehenſum in hoc: Dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas, manumiſiſti, evictus eſt Stichus: Julianus [ſcribit] in factum actionem a Prætore dandam: ille ait, civilem incerti actionem, id eſt, præſcriptis verbis ſuffieere: eſſe enim contractum quod Ariſto* συνάλλαγμα *dicit, unde hæc naſcitur actio.* Ulpianus bifariam dividit Juris gentium conventiones. ait, alias parere actionem, alias exceptionem. has in ſuo nomine ſtare: illas vocari contractus, aut ſynallagmata. addam, etiam negotia, vel negotia civilia *l. 17. §. 3. D. Commodati, l. 5. §. 1. D. de obligationibus & actionibus, l. 70. §. 2. D. de legatis lib. 1. l. 33. D. de condictione indebiti, l. 1. D. de æſtimatoria actione, l. 15. l. 22. D. de præſcriptis verbis*, item cauſas *l. 39. D. de obligationibus & actionibus*, vel plenius cauſas civiles, appellari *l. 49. §. 2. D. de peculio.* eſt quoque, ubi cauſa emptionis, item cauſa locationis dicitur *l. 1. §. 6. D. de pecunia conſtituta*, etiam forma negotii *§. ult. Inſt. de mandato*, & locationis conductioniſque negotium *l. 22. D. de præſcriptis verbis*, ac negotium contractus *l. 19. D. eod. tit.* & vice verſa contractus negotii, apud A. Gellium *lib. 2. Noct. Attic. c. 1.* Ita ſimus ſubducta ad rem ratione; duplex eſt conventio: vel enim in ſuo nomine ſtat, & nuda conventio, ſive ſola conventio, ſive tantum conventio vocatur; ut ſequente dicam capite: vel eſt contractus, ſive conventio cui ſubeſt cauſa civilis, id eſt, negotium civile, ſive cauſa vel negotium jure civili approbatum. eſt igitur contractus, conventio uſu juris civilis recepta, eoque idonea ad producendam obligationem & actionem, etſi non adjuta, neque adminiculata ſpeciali lege. alioquin non contractus dicitur, ſed pactum legitimum. Sic quidem mihi videtur. At aliter definit Vir eminentiſſimæ doctrinæ, Jacobus Cujacius. is ait, contractum eſſe conventionem habentem nomen; aut, ſi nomine vacat, cauſam: eamque datione aut facto circumſcribit. In quo vereor, ne Egregius ille Vir erroris ſit manifeſtus. nam ut datio & factum, cum conventioni accedunt, ei præbeant civilem obligandi cauſam; non ideo cauſa datione, aut facto terminatur. ſit argumentum: quod Ulpiano *l. 9. D. de rebus creditis, & l. 1. §. 6. D. de pecunia conſtituta*, cauſam qualicumque jungit contractui; ſive ſit certus, ſive incertus, id eſt, nominatus aut innominatus: atque adeo cum aliqua, etiam cum nulla, intervenit datio aut factum: volente forma nominati contractus, verbi gra-

gratia, emptionis: etſi ea cauſa in contractu qui nomine caret, non ex conventione, ſed ex datione aut facto proficiſcitur *l.* 1. §. 2. *D. de rerum permutatione.* imo, idem in nominato quoque contractu qui re contrahitur, ut mutuo & depoſito evenire, Paulus obſervat *l.* 17. *D. de pactis.*

Putemus igitur, Ulpianum *d. l.* 7. §. 1. *D. eod. tit.* (nam huc redeundum eſt) appellatione contractus indigitare conventionem cui ſubeſt civilis cauſa: ſive negotium antiquitus approbatum communibus juris civilis regulis. talem conventionem ait Ulpianus non ſtare in ſuo nomine, ſed tranſire in proprium nomen contractus: ſignificans, hos qui jus civile condiderunt primis temporibus, noluiſſe, cives ſuos ſine cauſa obligari conventionibus quibuſcumque ad vitæ miniſteria inutilibus: ſed demum conventionibus ad juvanda vitæ commoda pertinentibus: eaſque conventiones publice receptas approbataſque, dixiſſe contractus. Sextus Cæcilius apud A. Gellium, *lib.* 2. *Noct. Attic. c.* 1. ſic exprimit: *Fidem majores noſtri in negotiorum contractibus ſanxerunt.* præter hæc, puto, ſignificat Ulpianus, Veteres eos contractus & numero & nomine feciſſe certos; etiam ſuam cuique dediſſe formam, actionemque; & utramque ipſo ſtatim nomine, licet nihil addatur, intelligi voluiſſe. hoc igitur modo dicitur Ulpiano in *d. l.* 9. certus contractus idem nominato. inde apud Papinianum prodita ac vulgaris actio, & proprium actionis nomen *l.* 1. *D. de præſcriptis verbis*, & apud Celſum vulgaria atque uſitata actionum nomina *l.* 2. *D. eod. tit.* Julianus quoque illo ſenſu ait, exiſtere contractus quorum appellationes ſunt jure civili proditæ *l.* 3. *D. eod. tit.* Paulus *l.* 1. §. 2. *D. de rerum permutatione* infit, qui nomen ſuum habent. Fontem hujus juris neſcio an indicet Dionyſius Halicarnaſſeus *lib.* 4. *Roman. antiq.* de Servio Tullio rege ita ſcribens. *Leges de contractibus & de injuriis tulit quas curiatis comitiis ratas fecit. erant autem numero quinquaginta, quarum mentionem facere jam non eſt opus.* Sic ille. ſed ſi eas memoriæ prodidiſſet: quædam plenius intelligeremus. nunc, quod licet, dicam, eas leges deinde in Duodecim Tabulas tranſlatas, eos contractus e rudibus & parvis initiis ad illam quam habemus formam, Fori diſputatione, & uſu juris civilis longo tempore perduxiſſe.

Sed & ſi (pergo enim cum Ulpiano in *d. l.* 7. §. 2. *D. de pactis*) in alium contractum, nempe nominatum, res, id eſt, conventio, non tranſeat, ſubſit tamen cauſa; (id eſt, ſubſit adhuc cauſa, ſive ſubſit tamen perinde cauſa, ut in ſuperiore ſpecie) eleganter Ariſto Celſo reſpondit, eſſe obligationem; ſive contractum, qui pariat civilem obligationem: quo ſenſu in *l.* 19. *D. de verborum ſignificatione* ait, contractum eſſe ultro citroque obligationem. exemplum Ulpiano *d.* §. 2. *l.* 7. Dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias. tu ceſſas dare aut facere. quid Ulpianus? nimirum, eſſe te ad dandum aut faciendum obligatum. atqui ea conventio caret nomine. eſto: ſed non ſubſiſtit intra primum placitum. contra eſt quod a me ad te pervenit certa lege. quo caſu conventio, licet nomine careat, non deſtituitur civili cauſa, nec debet nuda videri: ne aliter definientibus, tu ex tua improbitate cum mea jactura fias locupletior. obtinuit igitur paulatim; ut ſi quid datum factumve eſſet hac conditione, ut contra detur aut fiat, ſynallagma, id eſt, contractus, ſive civile negotium, contrahi exiſtimaretur: non quidem certum ac nominatum; ſed ut dixi, incertum atque innominatum. Gajus novum negotium dicit *l.* 22. *D. de præſcriptis verbis.* Ulpianus negotium proprii contractus *l.* 19. *D. eod. tit.* id eſt, negotium quoddam ab initio non receptum Populi Romani inſtitutis aut moribus: ſed deinde prioribus formis nova ratione ſuperadditum. placuit vero, hinc naſci actionem incertam: eo enim nomine inſignitur *l.* 3. *C. de inutilibus ſtipulationibus:* quippe veniens ex incerto contractu, id eſt, cujus nomen non eſt proditum civili jure *l.* 1. 2. 3. *D. de præſcriptis verbis.* dicitur etiam civilis *l.* 5. §. 2. & *l.* 15. *D. eod. tit.* eo quod eſt recepta civili jure. appellatur porro utilis *l.* 6. *C. de tranſactionibus*, item in factum *l.* 1. *D. de præſcriptis verbis*, & in factum civilis *d. l.* 1. §. 2. & *d. l.* 5. §. 2. puto, quia ſolæ certæ ac nominatæ ſunt directæ, utpote legibus ac moribus ab initio conſtitutæ: cum hæc introducta ſit ad exemplum actionum ex empto, vendito, locato, conducto, mandato *d. l.* 5. §. 4. *in fin.* poſtremo vocatur præſcriptis verbis *d. l.* 2. *D. eod. tit.* & præſcriptis verbis incerta civilis *l.* 6. *C. de rerum permutatione:* quia non habet certam ac ſolemnem formulam, ut illæ ex certo & nominato contractu: ſed magis rem geſtam verbis demonſtrat *d. l.* 6. *C. de tranſactionibus.*

Igitur, ut recolligamus veſtigia, ſi dedi tibi rem, ut mihi aliam dares; conventio non tranſit in ſpeciale contractus nomen. ſed interim, quia tibi rem dedi certa lege; imitatur ea contractum certum ac nominatum. ſane ubi do pecuniam, ut rem accipiam: placuit, eſſe emptionem & venditionem. quod ſi rem do, ut rem accipiam: magis eſſe contractum do ut des; ex eoque naſci actionem præſcriptis verbis: ſicut in ſuperiore ſpecie oritur actio ex empto & vendito *l.* 5. §. 1. *D. de præſcriptis verbis.* Idem eſt: ſi tibi dedi aliquid, ut facias quod ſit locari ſolitum. nam & tum res eſt proxima contractui certo & nominato. utique, ſi do tibi pecuniam, ut tabulam pingas, verbi gratia; manifeſta erit locatio & conductio. ſin rem do, etſi eadem lege: non quidem erit locatio & conductio; ſed contrac-

tus

Digitized by Google

tus incertus & innominatus, id eſt, do ut facias, ſimilis locationi & conductioni. igitur hinc quoque naſcetur actio præſcriptis verbis, proxima actioni ex conducto & locato. ſic, ubi factum eſt locari ſolitum. quid, ſi non ſit tale? fac: dedi tibi ſervum meum, ut tu ſervum tuum manumittas. non eſt factum locari ſolitum. igitur non eſt locatio & conductio. nec tamen eſt nudum pactum. quia dedi tibi ſervum meum, ut ſervum tuum manumittas: id eſt, dedi eum certa lege. eſt igitur ſynallagma: id eſt, civile negotium, ex quo naſcitur civilis actio præſcriptis verbis, ſimilis actioni locati & conducti: ubi non demonſtratur alia. ita ex Ariſtone Ulpianus *d. l.* 7. §. 2; cum eoque conſentit hactenus Paulus *d. l.* 5. §. 2. *D. de præſcriptis verbis.* Sed quid? Dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas. manumiſiſti. evictus eſt Sichus. Nihil mutat Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. ait tamen, in hoc variaſſe Veteres. nam Julianum ſcribere, dandam a Prætore in factum actionem: ſed illum in hoc, id eſt, in hac ſpecie a Mauriciano eſſe reprehenſum. nam hunc putare, ſufficere civilem incerti actionem, id eſt, præſcriptis verbis actionem: & pro cauſa adferre; quod eſt contractus, ſive, ut Ariſto dicit, ſynallagma, atque inde hanc naſci actionem. Sic Ulpianus: & aperte, quantum quidem ad Mauricianum attinet. at de Juliano intentiore cura agendum eſt. nam metui poſſit: ne non ſatis vere ſcribat Ulpianus, Julianum voluiſſe, in factum actionem in hoc, ſive in hac ſpecie, ſimpliciter atque indiſtincte dari a Prætore. eſt enim Paulus auctor *d. l.* 5. §. 2, Julianum diſtinxiſſe inter ſcientem & ignorantem: ac ſi ſciens dederim: ſiviſſe, in me dari actionem de dolo: ſi ignorans; in factum civilem. ipſa Pauli verba appoſui. *Sed ſi dedi tibi ſervum, ut ſervum tuum manumitteres, & manumiſiſti, & is quem dedi, evictus eſt: ſi ſciens dedi, de dolo in me dandam actionem, Julianus ſcribit; ſi ignorans, in factum civilem.* Indicavi difficultatem, a nobilibus juris interpretibus ſæpe tentatam, at a nullo, quantum recordor, ſuperatam. fuerit igitur pretium operæ, experiri, quid extricare noſtra poſſit mediocritas, facile veniam impetratura, ſi nec mihi omnino faveat fortuna in re deſperata. Primum petam, mihi concedi; ne putem, fuiſſe Julianum a Mauriciano reprehenſum: eo quod voluerit, a Prætore dari actionem in factum civilem: quamquam videtur id prima facie ſignificare Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. nam tum male reprehenſus eſſet: quippe cum civilis in factum actio non ſit alia, quam Mauriciani actio incerti præſcriptis verbis. Non magis reprehenſus fuit Julianus: quod voluerit, in ſubſidium dari actionem in factum Prætoriam. nam id palam refellit Paulus *d. l.* 5. §. 2. Quid ergo eſt? ego mihi perſuadeo, Julianum fuiſſe a Mauriciano idcirco reprehenſum: quod voluit, a Prætore ex cauſa, ſive pro re nata, dari actionem aut in factum civilem, aut de dolo: prout alienus ſervus ſit a ſciente aut ab ignorante datus: & ideo ſuſpicatus aliquando fui, apud Ulpianum *d. l.* 7. §. 2, non eſſe legendum, *Julianus ſcribit*, in factum *actionem a Prætore dandam:* ſed, *Julianus ſcribit*, ex facto *actionem a Prætore dandam:* vel, ſi mavis, *Julianus ſcribit*, in facto *actionem a Prætore dandam.* quod & propius abeſt a recepta lectione; & habet ſententiam ſuperiori non diſſimilem. utique ſic Ulpianus *l.* 13. §. 7. *D. de actionibus empti, Cum*, inquit, *in facto proponeretur:* pro eo quod alibi ait, *ex facto* proponebatur *l.* 35. *D. de heredibus inſtituendis.* Similiter autem dicitur actio *ex facto* vel *in facto* dari; ut actio dicitur *ex cauſa* dari, apud Paulum *l.* 28. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.* Marcianus *l.* 1. §. 3. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis* ſimili ſenſu dixit, *ex re* conſtituendum: pro ex facto, vel ex facti ſpecie, ſive pro re nata. ſic olim conjeci. neque adhuc me piget ejus conjecturæ: etſi nec improbem nunc receptam lectionem: *Julianus ſcribit* in factum *actionem a Prætore dandam.* nam ita quoque loquutos eſſe Veteres, docuit me Paulus *l.* 34. *D. de negotiis geſtis: Hæc*, inquiens, *diſceptatio* in factum *conſtitit:* pro, in facto, vel ex facto, vel ex cauſa, diſtinguenda, ſive dijudicanda. Et Pauli locutioni reſpondet ſequens Salluſtii, *Bello Catilinario c.* 20. *Catilina ubi eos quos paulo ante memoravi, conveniſſe videt, tametſi cum ſingulis multa egerat, tamen* in rem fore *credens, univerſos appellare.* Dixit, *in rem fore:* pro quo Ulpianus *l.* 1. *D. de rebus creditis* ait, *e re fore.* Retuli meam ſententiam. quæ ſi Doctioribus quoque placebit: conſentiet Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. Paulus *d. l.* 5. §. 2. *D. de præſcriptis verbis.* Ain' vero? ipſum audiamus. ait Paulus, ſi tibi dedi ſervum, ut ſervum tuum manumitteres, & manumiſiſti, & is quem dedi, evictus eſt: diſtinxiſſe Julianum, utrum ſciens dederim, an ignorans: & ſi quidem ſciens dedi, quia dolo feci, exiſtimaſſe Julianum, dandam a Prætore eſſe actionem non in factum civilem, ſed de dolo: ſin ignorans dedi, quia nullus dolus eſt, oportere a Prætore dari actionem in factum civilem, id eſt, actionem præſcriptis verbis. Sic Paulus. hoc vero quid deſignat? niſi quod Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. ait, Julianum ſcripſiſſe, ſi Stichum dedi, ut Pampbilum manumittas, tu manumiſiſti, evictus eſt Stichus, dandam a Prætore in factum actionem: id eſt, dandam pro re nata actionem, modo in factum civilem, modo de dolo: illam, ſi non accuſetur dolus: hanc, ſi culpetur. Sic apud Ulpianum Julianus. quid Mauricianus? Julianum reprehendit: arbitratus, ſi Ulpianum audimus *d. l.* 7. §. 2, ſive ſciens dedi, ſive ignorans, ſufficere civilem incerti actionem: id eſt, ſufficere actionem præſcriptis verbis, neque neceſſariam eſſe de do-

lo actionem: & cauſatur Mauricianus: quod eſt ſynallagma; ex quo nata civili incerti actione, quæ eſt actio præſcriptis verbis, dolus ſi quis admiſſus eſſe probetur, emendari poteſt. Sic Mauricianus, atque ut Ulpianus cenſet, rectius, quam Julianus: opinor, re ad verum atque ad ſubtile exacta. nam ſi quis malit quod tutius ſit ſequi, quam quod verius: ne reſiſtit quidem Ulpianus, quo minus ei liceat Juliani ſententia, tamquam tutiore uti. fateor: non apparet hoc ex *d. l.* 7. §. 2. nam ibi nullum eſt ejus indicium. ſed me huc ducit *l.* 15. *D. de præſcriptis verbis:* in qua tam clara & certa eſt Ulpiani ſententia; ut vix poſſit eſſe clarior aut certior. verba Ulpiani. *Solent qui noverunt ſervos alicubi celari, indicare eos dominis, ubi celentur: quæ res non facit eos fures: ſolent etiam mercedem hujus rei accipere & ſic indicare: nec videtur illicitum eſſe hoc quod datur. quare qui accepit, quia ob cauſam accepit, nec improbam cauſam, non timet condictionem. quod ſi ſolutum quidem nihil eſt, ſed pactio interceſſit ob indicium, hoc eſt, ut ſi indicaſſet, apprehenſuſque eſſet fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an poſſit agere. Et quidem conventio iſta non eſt nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non naſci, ſed habet in ſe negotium aliquod. ergo civilis actio oriri poteſt. niſi ſi quis & in hac ſpecie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.* En: feci, ut dares. tu ceſſas dare. utra dabitur actio; præſcriptis verbis quæ eſt in factum civilis; an de dolo: maxime ſi quis dolus arguatur? putat Ulpianus, ſi res ex vero æſtimetur, defendi poſſe; quaſi actio præſcriptis verbis, id eſt, in factum civilis, non etiam de dolo competat. trahit huc Ulpianum, quod hæc conventio non eſt nuda; ſed habet in ſe negotium aliquod: id eſt, ei ſubeſt civilis cauſa, ſive civile negotium, ſeu eſt contractus innominatus: ex quo civilis actio præſcriptis verbis oriri poteſt. quod his quæ dixi, convenit. quia tamen cuidam (id eſt, Juliano: ſic opinor) aliter ſedet; & hunc Paulus ſequitur *d. l.* 5. §. 2. & 3. *D. eod. tit.* non permittit ſibi Ulpianus: ne & in hac ſpecie, id eſt, ne etiam in hac, vel ne æque in hac, atque in ſuperiore, ſpecie quæ eſt do ut facias, potius actione de dolo, quam actione præſcriptis verbis utatur. Sic Ulpianus. qui poteſt? inquies. nam ubi civilis eſt actio, ibi locum quem invenit de dolo actio? ea difficultas vexat quotquot ad *d. l.* 5. §. 2. ſcripſerunt eximii homines: eaque gratia verbum, *civilem*, quod ibi extat, aut Triboniano imputant, aut Interpreti imperito. fruſtra: quid enim novum eſt, ubi dubitetur, an alia ſit actio, quaſi nulla ſit, de dolo actionem dari *l.* 7. §. 3. *D. de dolo malo?* at jam conſtat, dubitatum fuiſſe; ecqua, an nulla, ſit actio; ſi quis dolus in contractu do ut facias, demonſtretur: etſi certum haberetur, ubi nullus arguitur dolus, actionem præſcriptis verbis eſſe.

Conſideravi ſingula qua potui ac debui cura & diligentia. nihil tamen effeci magnopere: niſi ſimili modo explicem ſequentia Pauli verba ex §. 3. *d. l.* 5: *Quod ſi faciam, ut des, & poſteaquam feci, ceſſas dare: nulla erit civilis actio, & ideo de dolo dabitur.* Nodus in his verbis eſt difficilis: quia primo adſpectu aliud dicit Paulus, quam vult, mea quidem ſententia. quam ob rem? non eſt Paulo negotium, ei qui facit ut detur, alias negare actionem præſcriptis verbis, quam ſi aliquis arguatur dolus. Nova, inquies, hæc eſt ſententia, at dura, & contraria Pauli verbis. veriſſima tamen, ſi ad primam faciem non ſubſiſtatur. audiamus. concedit Paulus facienti ut detur, actionem præſcriptis verbis, nullo liquente dolo malo; alioquin de dolo actionem: perinde ut in §. 2. præcedente, quocum oportet tenorem §. 3. conjungi uno ſpiritu, tamquam illius concluſionem. Hoc mihi videtur, atque eo confidentius: quia ad hanc formam diſputat Ulpianus *d. l.* 15. nec is tantum: ſed ipſe quoque Paulus, & quidem in *d. l.* 5. §. 2. Errant enim, & valde, quotquot exiſtiment, Paulum permittentem in eo § actionem de dolo adverſus ſcientem, & actionem in factum civilem adverſus ignorantem, diſputare de dante ut fiat. contrarium verum eſt, Paulum utramque actionem concedere facienti ut detur. ſiccine? non eſt, quod quæras. ipſa Pauli verba oculis ſubjiciamus. Pauli verba *d.* §. 2. ſunt. *Sed ſi dedi tibi ſervum, ut ſervum tuum manumitteres, & manumiſiſti, & is quem dedi, evictus eſt, ſi ſciens dedi, de dolo in me dandam actionem, Julianus ſcribit; ſi ignorans, in factum civilem.* Paulo quæſtio eſt, quæ actio danda ſit manumittenti ſervum, ut alius detur: non, quæ actio danda ſit danti ſervum, ut alius manumittatur. Quod miror fugiſſe hactenus obſervationem tot illuſtrium & ſagacium virorum: cum ſit veriſſimum; & litem finiat prorſus. evidentiſſime enim oſtendit: quod Paulus in *d.* §. 3, ne ipſe ſibi contradicat, non eſt indiſtincte intelligendus; quamvis infinite loqui videatur. Ne hoc quidem præteribo; (eſt enim æque curioſæ obſervationis) quod ſicut unus eſt contractus emptio & venditio, item unus locatio & conductio: ita contractus do ut facias eſt idem ei qui facio ut des appellatur: in eoque tam agit qui primus fecit, quam qui primus dedit: ſicut ex emptione & venditione emptor agit ex empto, venditor ex vendito: item ex locatione & conductione conductor agit ex conducto, locator ex locato: & tamen eſt unus contractus ex quo uterque ſuo experitur modo. quid ni igitur ille qui fecit ut alter det, eo ceſſante æque habeat præſcriptis verbis actionem, atque is qui dedit, ut alter faciat, eo ceſſante, hanc actionem exercet: cum ſit utroque in caſu geſtum civile negotium, ipſum non improbum? ſed hoc ex *d. l.* 5. §. 2.

l. 15.

l. 15. l. 22. D. de præſcriptis verbis, *& l. 6. C. de tranſactionibus* perſpicuum eſt.

Hactenus oſtendit Ulpianus in *d. l. 7. pr. §. 1. &. 2. D. de pactis*, quod conventio cui ſubeſt cauſa, actionem parit Civili Jure: & hoc fit, quoties conventio tranſit in ſpeciale nomen contractus: etiam cum non tranſit; modo ſit datum aut factum, ut contra detur aut fiat. Deinceps ait Ulpianus *d. l. 7. §. 3*: quod, *Si ob maleficium, ne fiat, promiſſum ſit, nulla eſt obligatio ex hac conventione.* Sic Florentiæ editur. Haloander legit, *Si ob maleficium, ut fiat.* Nullo jure: quod bene animadvertit Antonius Auguſtinus, *lib. 1. Emend. c. 2. pag.* 12. Significat autem Ulpianus, voluiſſe Veteres, omnem conventionem quæ in contractu fiat, intra humanæ conjunctionis utilitatem, id eſt, intra honeſtatem atque intra bonos mores conſiſtere: nullum habere turpitudinis, aut ſceleris propoſitum. ac ſi contra fiat: minime naſci ex conventione obligationem. id apparere: ſi in ſtipulatione (nam de ea illi ſermo eſt) promittatur, ut fiat maleficium: ſtatim enim undequaque verti turpitudinem; id eſt, non minus a ſtipulatoris, quam a promiſſoris parte. idem tamen eſſe, Ulpianus ait; ſi quid, ne fiat maleficium, promittatur. nam ne ſic quidem patitur, ex ſtipulatu actionem dari: quia adhuc apparet ſtipulatoris turpitudo; etſi non ſit promiſſoris. Atqui non eſt turpis pactio, ſi convenerit, Ne facias maleficium. eſto: ſed ad turpitudinem accedit; ubi aliquid eo nomine promittitur: putantibus Veteribus, convenire publicæ diſciplinæ, homines a flagitiis & rebus turpibus virtutis reſpectu aut legum veneratione, non privatis pactionibus inhiberi. ſic quidem in ſtipulatione Ulpianus. at idem in mandato & ſocietate: nam ne in his quidem obligatio ex re turpi contrahitur.

Caput X.

De nudis conventionibus.

Expoſui conventiones quibus ſubeſt cauſa Jure Civili approbata, quæ conventiones contractus appellantur. Sequentes ſtant in ſuo nomine *l. 7. §. 1. D. de pactis*, & placiti fine *l. 27. C. de locato & conducto.* hæ dicuntur nudæ pactiones *d. l. 7. §. 4*; & nudæ conventiones *l. 10. C. de pactis*; & pacta nuda *d. l. 27*; & pacta ſola *l. 23. C. de pignoribus*, *l. 122. D. de verborum obligationibus*; & ſolæ conventiones *l. 15. C. de tranſactionibus:* quo modo dicitur ſola proprietas *l. 36. §. 1. D. de uſufructu*, a qua abeſt uſusfructus; item nuda traditio *l. 31. D. de adquirendo rerum dominio*, quæ eſt ſine cauſa ex qua fiat. Tales conventiones, quia putantur carere civili cauſa, Jure Civili non habentur conventiones: eoque deſtitutæ, neque pariunt actionem, neque tollunt: ſed ex hoc Edicto reo proficiunt ad exceptionem. Ulpianum audi *l. 7. §. 4. D. de pactis.* ait: *Sed cum nulla ſubeſt cauſa, propter conventionem hic conſtat non poſſe conſtitui obligationem. igitur nuda pactio obligationem non parit, ſed parit exceptionem.* Sic interpunxit Taurellius. ſenſus Ulpiani, obligationem, propter nudam conventionem, ſive propter conventionem quæ ſtat in ſuo nomine, ſive quæ tantum eſt conventio, non poſſe conſtitui: eo quod, ut Sextus Cæcilius apud A. Gellium *lib. 20. Noct. Attic. c. 1.* ait, *Fidem majores noſtri in negotiorum contractibus ſanxerunt.* ſignificans, Romanos fidem non ſanxiſſe in conventionibus qualibus qualibus, ſed in conventionibus ad vitæ uſum Jure Civili approbatis: eaſque conventiones negotia vel contractus appellaſſe. Nec tamen ſic viſum Veteribus: quod iniquum putarent, etiam alias cuſtodiri pacti fidem: ſed quod reſpicientes ad ſuorum civium conditionem, nollent videri pacta, quibus non ſubeſſet negotium ad vitæ neceſſitatem publice receptum. quare huc devenere: ut interpretarentur, naturam jubere, ſervari pacta non qualia qualia, ſed utilia aut neceſſaria. talia vero non ipſam definire, ſed reipublicæ definienda relinquere. huic porro non convenire: ut homines egregrie leves aut nimis faciles quibuſcumque promiſſionibus temere caperentur; cum id minime vellent; certe quarum mox pœnitentia ducerentur: exemplo Apollinis apud Ovidium *lib. 2. Metamorph.* Igitur quid eſt? pactum nudum etſi paciſcentes teneat naturaliter, quia civili jure negligitur, actionem non parit. idque Diocletianus & Maximianus probant *l. 27. C. de locato & conducto*, & ante eos Alexander *l. 10. C. de pactis*, etiam Paulus *lib. 2. Sentent. tit.* 14. §. 1. Mitto Senecam *De beneficiis lib. 5. c. 21.* Verba Senecæ. *Multa legem non habent, nec actionem: ad quæ conſuetudo vitæ humanæ, lege omni valentior, dat aditum. Nulla lex jubet, amicorum ſecreta non eloqui, nulla lex fidem etiam inimico præſtare. Quæ lex ad id præſtandum nos quod alicui promiſimus, alligat? Querar tamen cum eo qui arcanum ſermonem non continuerit, & fidem datam, nec ſervatam indignabor.* Seneca diſtinguit quod eſt juris civilis, ab eo quod eſt naturalis: dicit, alterum eſſe neceſſitatis, alterum honeſtatis: ex hoc genere eſſe promiſſionem nudam: eam valere apud bonos viros; at in jure improbos non adſtringere neceſſitate. Igitur ex nudo pacto Jure Civili non naſcitur actio: nec tollitur: & ideo ſi ego debeam tibi ex ſtipulatu, verbi gratia; & deinde paciſcar, ne petas, nihilominus poteris adverſus me jure civili experiri. ſcilicet, quia id pactum eo jure

nullius momenti habetur: neque magis eſt modus finiendæ, quam conſtituendæ obligationis. interim Prætor indignatus, hac in ſpecie falli fidem, quam ſervari & natura ſuadet, & publica utilitas tollendi omni modo lites: hoc Edicto promittit, ſervare pacta quibus convenitur, ne petatur; etſi Jure civili ſint inutilia. At non idem edixit, ſi ut detur, vel fiat, pactum conventum ſit. nimirum, quia non ſicut liberationibus, ita obligationibus favet: arbitratus, alterum publicæ utilitati convenire, alterum reſiſtere; ut ſupra oſtendi. veriſſime igitur Ulpianus, Nudam pactionem non parere obligationem, ſed exceptionem. nec ſat ſcio, an ad hoc aut ſimile reſpiciat Plautus, *Aulularia* 2. 2. *verſ.* 81.

— — At ſcio, quo vos pacto ſoleatis perplexarier.
Pactum non pactum eſt, non pactum pactum eſt,
quod vobis lubet.

Res clara.

Niſi tenebras offundunt Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 5. *C. de contrahenda ſtipulatione*, verbis ſequentibus. *Nuda pollicitatione ſecundum ea quæ ſæpe conſtituta ſunt, ad præſtanda ea quæ promiſerat, urgeri quemquam non ſemper jura permittunt. Verum quoniam præterea, ſi contra pactum fecerit, quanti ea res eſt, dari tibi ſtipulanti adverſarium tuum promiſiſſe proponas; hujuſmodi etiam obligationis poſt motam litem extitiſſe conditionem, & ejus ſummæ quæ in hac quoque ſtipulatione continetur, petitioni locum factum eſſe convenit.* Sic illi, atque obſcure. ſed faciam lucem quam non dant Interpretes magni atque eruditi, non animadverſa facti ſpecie: fingunt certe aliam, quam Imperatoribus propoſitam. ponenda igitur erit nova, aut potius vetus, quæ eſt ipſius legis. eam ſic concipio quam ſimpliciſſime. Creditot cui debebatur ex mutuo aut ex ſtipularu, aut ex alio ſimili contractu ex quo poterat actio jure civili naſci, pactus eſt, Ne petat: & ſi contra pactum faciat, id eſt, ſi petat, quanti ea res erit, tantum debitori dare promiſit nudo pacto. huic pacto ſubjecta eſt ſtipulatio. quæſitum fuit, an faciente adverſus pactum creditore, debitori adverſus eum actio dari debeat. quærendi cauſa eſt, quia pactum quod interpoſitum eſſe dicitur, nudum eſt; ex nudo autem pacto actio non ſemper datur civili jure: etſi jam aliquando daretur eo tempore: ut & Imperatores bene obſervant, & ipſe alibi oſtendam. Sed reſcripſerunt Imperatores, dandam debitori eſſe ex ſtipulatu actionem ad hoc quod non modo conventione, ſed ſtipulatione quoque comprehenſum eſt. idque eſt, quod dicitur, *Et ejus ſummæ quæ in hac quoque ſtipulatione continetur.* Qua ratione? quia hic non tantum nudum pactum intervenit, ſed ſtipulatio quoque, quanti ea res erit. Hoc primum quæſitum. Quid deinde? quando videatur creditor feciſſe adverſus pactum: utrum cum vocavit debitorem in jus, an poſt motam litem: id eſt, ubi litem cum eo conteſtatus eſt? reſcriptum vero, pacti conditionem poſt litem motam, id eſt, poſt litem conteſtatam extitiſſe. clara, niſi fallor, ratione. nam qui in jus vocat, non agit, ſed agere vult, *l.* 15. *D. Ratam rem haberi*, *l. unic. C. de litis conteſtatione:* nec adverſus pactum facit, ſed facere vult. at qui litem movet, & hanc conteſtatur, vere petit, & adverſus pactum facit. Hic mihi videtur ſenſus *d. l.* 5. clarus & bonus: ad eumque modum accipio etiam ſequentem Gordiani ſpeciem ex *l.* 14. *C. de pactis. Si pacto quo pœnam adverſarium tuum promiſiſſe proponis, ſi placito non ſtetiſſet, ſtipulatio ſubjecta eſt; ex ſtipulatu agens, vel id quod in conventionem devenerat, ut fiat, conſequeris, vel pœnam ſtipulatione comprehenſam more judiciorum exiges.* Sic legendum, *ex ſtipulatu agens:* cum vulgo ſcribatur, *ex ſtipulatu ages:* quod obſervavit Ruſſardus, *Notis marginalibus.*

Sed revertamur in viam. ſatis liquet ex hactenus dictis, ex nudo pacto nullam Jure Civili naſci actionem: & ideo ſolere Veteres ſtipulationem ei ſubjicere, Paulus auctor eſt, *lib.* 5. *Sentent. tit.* 7. & *lib.* 2. *tit.* 22. §. *ult.* Fiebat autem id plerumque (quod Ulpianus refert *l.* 7. §. 12. *D. de pactis*) in noviſſima pactorum parte: id eſt, in fine inſtrumentorum. nam & pacta dici pro inſtrumentis quæ de pactis conficiuntur, nihil vetat. formula autem erat *Rogavit Titius, ſpopondit Mævius.* Inde evenire, ait Ulpianus *d. l.* 7. §. 12: ut dubitari poſſit, utrum ſtipulatio ſit, an nudum pactum. Verba Ulpiani appoſui. ſunt autem hæc. *Quod fere noviſſima parte pactorum ita ſolet inſeri, Rogavit Titius, Spopondit Mævius; hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, ſed etiam ſtipulationis. ideoque ex ſtipulatu naſcitur actio; niſi contrarium ſpecialiter adprobetur, quod non animo ſtipulantium hoc factum eſt, ſed paciſcentium.* Sic Ulpianus: puto, converſo loquendi more. voluit dicere; Hæc verba non tantum ſtipulationis loco accipi, ſed etiam pactionis. ideoque naſci ex ſtipulatu actionem: niſi contrarium ſpecialiter adprobetur. Nihil tamen corrigendum. ſunt enim ipſorum Auctorum tales Hyſterologiæ: eoque magis interpretatione, quam emendatione adjuvandæ. dedit earum exempla aliquot Cujacius, *lib.* 3. *Obſerv. c.* 5. *in fin.* dedit Ruſſardus *ad* §. 8. *d. l.* 7, & *ad* §. 3. *Inſt. de lege Aquilia*; iiſque addam ego præſentem locum. Senſus ejus eſt: Si quis Librarius Scriba in fine inſtrumenti quo complexus eſt tenorem pactionis, de more ſubjiciat verba, *Rogavit Titius, Spopondit Mævius:* accipienda ſunt hæc verba pro ſtipulatione; quamvis aliquando ſubſiſtant intra vim pacti: ideoque ex his naſcitur ex ſtipulatu actio: niſi manifeſte probet debitor, ea verba non eſſe adjecta animo ſtipulantium, ſed paciſcentium. tum enim ceſſabit ex ſtipulatu actio.

CA-

Caput XI.

De pactis adjectis contractibus bonæ fidei.

Igitur ex pacto nudo Jure quidem Civili neque naſcitur actio, neque tollitur. ſed Prætor hoc Edicto id ſervat per exceptionem. eſt tamen & ipſum caute accipiendum. fallit enim duobus caſibus: prior eſt, ſi pactum contractui adjiciatur: alter, ſi lege confirmetur. Ad priorem reſpicit Ulpianus *l. 7. §. 5 & 6. D. de pactis.* verba §. 5: *Quinimo, interdum format ipſam actionem, ut in bonæ fidei judiciis. ſolemus enim dicere, pacta conventa ineſſe bonæ fidei judiciis. Sed hoc ſic accipiendum eſt: ut ſiquidem ex continenti pacta ſubſecuta ſunt, etiam ex parte actoris inſint: ex intervallo, non inerunt; nec valebunt, ſi agat: ne ex pacto actio naſcatur. † Utputa, poſt divortium convenit, Ne tempore ſtatuto dilationis dos reddatur, ſed ſtatim: hoc non valebit, ne ex pacto actio naſcatur. † Idem Marcellus. & ſi in tutelæ actione convenit, ut majores, quam ſtatutæ ſunt, uſuræ præſtentur: locum non habebit: ne ex pacto naſcatur actio. ea enim pacta inſunt, quæ legem contractui dant, id eſt, quæ in ingreſſu contractus facta ſunt. † Idem reſponſum ſcio a Papiniano, [&] ſi poſt emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat: ob hanc cauſam agi ex empto non poſſe: propter eandem regulam, ne ex pacto actio naſcatur, Quod & in omnibus bonæ fidei judiciis erit dicendum. † Sed ex parte rei locum habebit pactum: quia ſolent & ea pacta, quæ poſtea interponuntur, parere exceptiones. §. 6. Adeo autem bonæ fidei judiciis exceptiones poſtea factæ, quæ ex eodem ſunt contractu, inſunt, ut conſtet, in emptione cæteriſque bonæ fidei judiciis, re nondum ſecuta poſſe abiri ab emptione. Si igitur in totum poteſt, cur non & pars ejus pactione mutari poteſt? Et hæc ita Pomponius libro ſexto ad Edictum ſcribit. † Quod cum eſt, [etiam] ex parte agentis pactio locum habet, ut & ad actionem proficiat, nondum re ſecuta, eadem ratione. nam ſi poteſt tota res tolli, cur non & reformari: ut quodammodo quaſi renovatus contractus videatur? quod non inſubtiliter dici poteſt. † Unde illud æque non reprobo, quod Pomponius libris Lectionum probat, poſſe in parte recedi pacto ab emptione: quaſi repetita partis emptione. † Sed cum duo heredes emptori exſtiterunt, venditor cum altero pactus eſt, ut ab emptione recederetur: ait Julianus, valere pactionem, & diſſolvi pro parte emptionem: quoniam & ex alio contractu paciſcendo alter ex heredibus adquirere ſibi potuit exceptionem. Utrumque igitur recte placet, & quod Julianus & quod Pomponius.* Summa Ulpiani eſt, actionem, etſi ex pacto neque naſcatur, neque tollatur, tamen interdum formari pacto: id fieri præſertim in bonæ fidei contractibus; nam his ineſſe pactum ex continenti ſubſecutum, cum ex rei, tum ex actoris parte: cæterum ex intervallo adjectum, ſi quidem de adminiculis, tantum ineſſe a parte rei: ſi vero ſit de natura, non minus ineſſe a parte actoris, quam a parte rei. Hæc ſumma: ſed plenius explicanda. primum tamen dicendum, quid ſit, *ex continenti.* deinde, quid ſit, *actionem formare*, vel, ut in aliis libris eſt, *informare.* poſtremo, quid ſit, pactum judiciis bonæ fidei *ineſſe.*

Verbum *ex continenti*, vel, ut in *l. 13. C. de pactis* eſt, *in continenti*, proprie reſpicit ad locum; ut cum dicitur *continens provincia §. 1. l. 99. D. de verborum ſignificatione:* ſed transfertur quoque ad tempus. eo ſenſu in continenti fit quod confeſtim fit *l. 3. §. 9. D. de vi & vi armata*, *l. 21. C. de uſuris*, *l. 40. D. de rebus creditis:* nec utique intelligitur præciſe, & quaſi in puncto; ſed plerumque civiliter & cum aliquo ſpatio *l. 1. §. 8. D. Ad legem Falcidiam:* quomodo Sicilia dicitur *continens provincia*, etſi modico freto ab Italia dividatur *d. l. 99. §. 1.* hoc exemplo fit in continenti pactum, non modo cum fit in ingreſſu contractus *l. 7. §. 5. D. de pactis*, aut in initio contractus *l. 5. C. de pactis inter emptorem*; ſed etiam, cum fit tempore contractus *l. pen. C. eod. tit.* vel paulo poſt contractum *l. 3. C. de Ædilitiis actionibus.* atque hoc ſi eſt: deliberari poteſt, an in illo Ulpiani *d. l. 7. §. 5*, *Ea enim pacta inſunt quæ legem contractui dant, id eſt, quæ in ingreſſu contractus facta ſunt*, illud, *id eſt*, non definiat, ſed declaret: ut in *d. l. 7. §. 8*, & alibi. ſic certe obſervavit V. Cl. Franciſcus Duarenus, *ad d. l. 7. §. 5. pag.* 58. & poſt eum Arnoldus Vinnius, *De Pactis c.* IX. Ne hoc quidem ſilebo: quod, ſi quis rei ſuæ legem dicit tempore traditionis, eam ſervari Gajus ait *l. 48. D. de pactis*; petita, opinor, origine ex hac Lege Duodecim Tabularum, *Si nexum faciet, mancipiumque, ut lingua nuncupaſſit, ita jus eſto:* ut alibi in ſequentibus tractabo plenius.

Informare porro & *formare* quid ſit, indicat Lactantius, *De opificio Dei c.* 12, *Ajunt*, inquiens, *non tantum maribus ineſſe ſemen, verum etiam feminis, ſed earum ſemen ſanguine eſſe purgatum. quod ſi recte cum virili miſtum ſit, utraque concreta & coagulata informari, & primum quidem cor hominis confingi.* Sic Lactantius: *informare* exponens *confingere:* deſumpta locutione a cera aut luto: cujus forma mutatur fictione etſi eadem maneat maſſa. optime Ovidius *lib.* XV. *Metamorphoſ.* verba ejus.

Utque novis fragilis ſignatur cera figuris,
Nec manet, ut fuerat, nec formas ſervat easdem,
Sed tamen ipſa eadem eſt.

Ineſſe poſtremo valet idem quod contineri,

ri, ut liquet ex collatione *d. l.* 7. §. 5. cum *l.* 72. *D. de contrahenda emptione.* porro alteri ineſſe, aut eo contineri dicitur quod ei confunditur, atque ejus nomine & jure cenſetur. hoc ſenſu Ulpianus *l.* 47. §. 1. *D. de legatis lib.* 3. ait, *In empto paratum ineſſe, in parato non continuo emptum contineri.* pro, quod emptum eſt, paratum eſſe; quod paratum eſt, non continuo emptum dici. Eodem modo Ulpianus *l.* 3. *D. de juriſdictione*, *Mixtum*, inquit, *imperium eſſe cui etiam juriſdictio ineſt:* ſignificat enim, mixtum imperium eſſe quod etiam juriſdictio appellatur. Similiter in *l.* 7. §. 10. *D. de pactis* ait, *Ineſſe dolo & fraudem:* pro, dolum eſſe eumdem fraudi. Nec aliter Ovidius, *Heroidum epiſt.* 17, quæ eſt Helenæ ad Paridem.

Ipſe mihi quoties iratus, adultera, dices,
Oblitus noſtro crimen ineſſe tuum.
Delicti fies idem reprehenſor & auctor.

Cicero quoque *lib.* 1. *De natura Deorum c.* 42. Verba ejus. *Horum enim ſententiæ omnium non modo ſuperſtitionem tollunt, in qua ineſt timor inanis Deorum; ſed etiam religionem quæ Deorum cultu pio continetur.*

Unde apparet, Ulpianum *d. l.* 7. §. 5, cum ait, pacta in continenti adjecta bonæ fidei contractibus, iis ineſſe: velle, hæc pacta illis contineri, ſeu miſceri, ſeu eorum parte & jure æſtimari. & addit Ulpianus: quod hæc pacta actionem ex contractu informant ad alium modum, quam ſe haberet actio; abſque illis pactis foret: id liquere ex eo, quod ubi in continenti quid convenit; pactum dat contractui legem: id eſt, contractum format: cum ob pactum præſertim perficiatur contractus. ita vero efficitur, ut pactum etſi nudum atque inutile foret, a contractu ſeparatum: tamen ex continenti illi adjectum, neque nudum eſſe, neque inutile, ſed ei ſic miſceri videatur: ut pro eo actio detur, ex illo contractu, ac ne ſic quidem qualis naturaliter eſt contractus, ſed qualis adjecto illo pacto confictus eſt: eo quod ejus pacti gratia ipſe celebratus eſt, & abſque pacto foret, celebratus non fuiſſet. ſumma eſt: quod actio ex bonæ fidei contractu datur ad ſervandum totum contractum, & ad ſervandas ſingulas contractus partes. datur igitur ad ſervandum pactum quod ineſt contractui bonæ fidei, & pro ejus parte habetur. ſic, ſi eſt ei ex continenti adjectum. at ſi non ineſt ei, quia eſt ex intervallo ſubſecutum: apparet, neque parere, neque informare actionem: quippe cum non det contractui legem. certe is jam non pacti gratia perficitur. imo pactum ſit poſt formatam actionem. ita nudum eſt; nec cenſetur contractus parte aut jure. nec tamen inficior, id etſi a parte actoris non inſit bonæ fidei contractui, nec illi pariat actionem, quia eſt ab ejus parte nudum, adhuc reo proficere ad exceptionem. id reſcribit Imp. Maximinus *l.* 13. *C. de pactis.* *In bonæ,* inquiens, *fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, ſi in continenti fiat: nam quod poſtea placuit, id non petitionem, ſed exceptionem parit.* Hoc eo vetius; quia etiam pactum ex intervallo adjectum contractui ſtricti juris, reo prodeſt ad exceptionem. etſi intereſt inter contractum bonæ fidei & ſtricti juris; quod exceptio in illo ineſt actioni *l.* 3. *D. de reſcindenda venditione:* in iſto non ineſt: hoc eſt, in illo etſi in jure non ſit conteſtata apud Prætorem, tamen in Judicio oppoſita, Judicis officio continetur. in iſto, niſi apud Prætorem conteſtata in jure, etſi in judicio allegetur, Judicis officio non continetur. id vero valet, actionem in altero ipſo jure, in altero per exceptionem tolli: ut ex *d. l.* 3, & *l.* 28. *D. de actionibus empti & venditi*, aliiſque locis, oſtendi, *libro De forma emendandi doli mali c.* 8. Unde porro conſequens eſt, ut pactum, ſive ex intervallo, ſive ex continenti adjiciatur bonæ fidei contractibus, eis ſemper inſit ex parte rei, id eſt, ſemper actionem tollat ipſo jure: quia reo ſemper prodeſt ad exceptionem; eaque ſemper ineſt judicio bonæ fidei.

Sed liquet, pactum, cum ex actoris parte ineſt contractui bonæ fidei, ejus actione ſervari *l.* 79. *D. de contrahenda emptione*, *l.* 6. §. 1. *l.* 11. §. 1. & 2. *l.* 13. §. 30. *eod. tit.* Niſi pactum ſpectet ad diſſolvendum contractum: ut, ſi fundus venierit ſub lege commiſſoria, aut ſub pacto addictionis in diem. nam tum fuit dubitatum; quæ præſertim danda eſſet actio: diſſentientibus, ut mihi videtur, Proculianis & Sabinianis. negabat certe Proculus, actionem ex contractu hic competere ideo: quod adhiberetur ad finiendum contractum, contra naturam actionis ex contractu, tantum ad eum adſtringendum inventæ, nec obtinentis eo finito. malebat igitur Proculus, dare actionem præſcriptis verbis; ſolitam obtinere; quoties alii, & certæ locus non eſt. Ita quidem Proculus *lib.* 11. *Epiſtolarum:* nam hæc eſt Inſcriptio *l.* 12. *D. de præſcriptis verbis.* Sed Sabino placuit, concedere actionem ex contractu: auctore Paulo *l.* 6. *D. de reſcindenda venditione.* & videtur moviſſe Sabinum, quod pactum in continenti adjectum contractui bonæ fidei, quamvis finiat contractum, tamen ineſt contractui: ac ſicut ex contractu actio datur ad ſervandum contractum: ſic datur ad ſervandas partes ejus; & per conſequens ad ſervandum pactum commiſſorium, aut pactum addictionis in diem, illi in continenti adjectum. quia data ad ſervandum pactum, eſt data ad ſervandum contractum, adjecto pacto transfiguratum. ita ſane Pomponius *l.* 6. §. 1. *D. de contrahenda emptione*; ac, niſi fallor, ex Sabini ſententia: juvante conjecturam Inſcriptione loci: quæ Inſcriptio habet, *Pomponius lib.* 9 *Ad Sabinum.* Veriſſima interim fuit Sabini ſententia: etſi Proculi, tamquam tutior, uſu

Digitized by Google

ſu magis obtineret: donec Sabini quoque ſententiam Reſcripto ſuo probarunt Impp. Severus & Antoninus *l.* 4. *D. de lege commiſſoria.* Ita vero factum fuit, ut tandem utraque reciperetur ſententia, cum Sabini, tum Proculi: teſte Paulo *d. l.* 6. *D. de reſcindenda venditione*, & Alexandro *l.* 2. *C. de pactis inter emptorem & venditorem compoſitis.*

Sic jus eſt, ſi pactum in continenti adjiciatur bonæ fidei contractibus. non idem eſt, ſi ex intervallo fiat: ut puta, (quod exemplum *d. l.* 7. §. 5. adfert Ulpianus) poſt divortium convenit, Ne tempore ſtatuto dilationis dos reddatur, ſed ſtatim: hoc, inquit, non valebit; & addit rationem: ea ratio eſt, ne ex pacto actio naſcatur. recte: nam pacta ſi quæ fiant tempore dandæ vel augendæ dotis de ea ſoluto matrimonio præſente die reſtituenda, formant dotis actionem. poteſt autem dos & dari & augeri tam poſt, quam ante, contractum matrimonium. poſt divortium dos neque datur, neque augetur. igitur poſt divortium facta pactio de dote præſente die reddenda non prodeſt ad actionem: quia non ex continenti facta, ſed ex intervallo. hoc unum Ulpiani exemplum. eſt & alterum in his verbis *d. l.* 7. §. 5. *Idem Marcellus ſcribit. & ſi in tutelæ actione convenit, ut majores, quam ſtatutæ ſunt, uſuræ præſtentur: locum non habebit: ne ex pacto naſcatur actio.* Senſus Ulpiani eſt, pactionem non profuturam ad actionem, ſi dum agitur tutelæ, id eſt, ſi finita tutela (nam tum agitur tutelæ *l.* 4. *D. de tutelæ & rationib. diſtrahendis*) interponatur pactio, ut majores præſtentur uſuræ, quam in tutelæ cæteriſque bonæ fidei judiciis Principum Conſtitutionibus de quibus ſcripſi *lib.* 2. *De fœnore & uſuris*, definitæ ſunt. & additur ab Ulpiano ratio quam jam ſæpius attigimus, *Ea enim pacta inſunt quæ legem contractui dant, id eſt, quæ in ingreſſu contractus facta ſunt.* Tertium exemplum ponit Ulpianus *d. l.* 7. §. 5. in emptione venditione: in qua diſtinguit, utrum pactum ex intervallo extra naturam contractus, an de ea adjiciatur: & movet Ulpianum auctoritas Papiniani, in *l.* 72. *D. de contrahenda emptione*, ita ſcribentis, *Pacta conventa quæ poſtea facta detrahunt aliquid emptioni contineri contractu videntur, quæ vero adjiciunt, credimus* [*hoc*] *non ineſſe. Quod locum habet in his, quæ adminicula ſunt emptionis: veluti, ne cautio duplæ præſtetur, aut, ut cum fidejuſſore cautio duplæ præſtetur. Sed quo caſu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis, agente venditore. An idem dici poſſit, aucto poſtea vel diminuto pretio, non immerito quæſitum eſt; quoniam emptionis ſubſtantia conſiſtit ex pretio. Paulus notat: Si omnibus integris manentibus, de augendo vel diminuendo pretio rurſum convenit, receſſum a priore contractu, & nova emptio intercesſiſſe videtur.* Subſtantia Papiniano eſt ſine qua contractus non ſubſiſtit, etſi velint contrahentes ea ſubſtantia ab Ulpiano *d.* §. 5. *l.* 7. natura appellatur: ut ex utriuſque loci collatione intelligitur. Proinde ſi quæ ſint extra naturam contractus internam, (ſic puto) non pertinent ad ſubſtantiam contractus: atque ea a Papiniano *d. l.* 72. adminicula dicuntur; quaſi juvantia contractum, quamquam alioquin ad eum non ſint neceſſaria: denique, cum poſſint abeſſe a contractu, tamen ſine his non facile celebratus eſſet. Quid ergo eſt? ſi de his adminiculis, id eſt, de his quæ ſunt extra naturam contractus internam, in continenti conveniatur, dicemus, pactum, quia dat contractui legem, ei ineſſe etiam ad actionem, non tantum ad exceptionem: ſin ex intervallo ſubſequatur, ei non ineſſe, niſi jure exceptionis: ut Papinianus loquitur. nempe, quia jam non legem dat contractui in ejus ingreſſu: ſed cum perfectus eſt contractus, demum ex intervallo accedit extra ejus naturam & ſubſtantiam. itaque non poteſt haberi, niſi nudum. Hoc mihi ſedet: ſed, ut recedit a Jacobo Cujacio *lib.* 14. *Obſerv. c.* 28, & aliis eruditiſſimis hominibus, pluribus confirmandum erit. ſic igitur ſtatuo, pactum contractui de ejus adminiculis ex intervallo adjectum, ei non ineſſe ad actionem: valere tamen, & ineſſe ad exceptionem: id eſt, contractum perimere ipſo jure. quam ob rem? nimirum ex pacto datur exceptio: atque ea qualiſcumque ſit, ineſt bonæ fidei judicio. igitur pactum, quamvis ſit ex intervallo factum de adminiculis, contractui ineſt, & eum ipſo jure diſſolvit. Atque hoc indigitat Papinianus in *d. l.* 72. *Pacta*, inquiens, *conventa quæ poſtea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractu videntur: quæ vero adjiciunt, credimus hæc non ineſſe.* Scio: ait Cujacius, emptioni detrahi, ubi de natura emptionis convenitur, quamquam alioquin ei adjiciatur: & emptioni adjici, cum ſit pactum de adminiculis, licet alioquin ei detrahatur. Sed Cujacium, quod cum bona ejus venia dicam, refutat Papinianus. ait enim, hanc diſtinctionem in his quæ de adminiculis ſunt obtinere: in illis quæ de ſubſtantia ſunt, non obtinere. ſic utique ait, *Quod locum habet in his quæ adminicula ſunt emptionis:* ac ne dubitatio eſſet alterutra in ſpecie, etiam adjicit utriuſque exemplum: *Veluti*, inquiens, *ne cautio duplæ præſtetur; aut ut cum fidejuſſore cautio duplæ præſtetur.* Utrumque exemplum de adminiculis: ſolet enim duplæ cautio in emptione præſtari nuda repromiſſione ſine fidejuſſoribus *l.* 56. *D. de evictionibus.* igitur ſi ex intervallo conveniatur, ne cautio duplæ præſtetur, id pactum, quia emptioni detrahit, emptione contineri, Papinianus ait. quod ſi placeat, ut cum fidejuſſore præſtetur duplæ cautio: negat Papinianus, hoc pactum, quia emptioni adjicit, emptioni ineſſe. non igitur pactum, cum de adminiculis fit ex intervallo, & auget contractum,

va-

valet ex parte actoris: quia non prodeſt ei ad actionem: eſt enim nudum; ex eoque nulla civili jure naſcitur actio. aliter ac ſi detrahat contractui: tum enim ineſt illi ex parte rei: quia parit exceptionem; quæ bonæ fidei judicio ſemper continetur. Idem cenſet Papinianus, cum pactum adjicit emptioni: nam huc ſpectant hæc ejus verba, *Sed quo caſu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis, agente venditore.* Non me præterit, quod Jacobus Cujacius *d. c.* 28. hoc, *agente venditore*, ſic accipit, quaſi dicat Papinianus, *defendente venditore*; quomodo ait id verbum uſurpari in *l.* 1. *D. de edendo:* non ignoro quoque, quod illud, *Idem vires habebit jure exceptionis*, ſic exaudit, quaſi ſignificet Papinianus, pacta de adminiculis, cum ex intervallo emptioni adjiciuntur, ea non contineri; & ideo magis ad exceptionem, quam ipſo jure, prodeſſe. Sed neutrum mihi probatur. primum puto, Papiniani verba tantum ad eam pertinere ſpeciem, in qua emptioni adjicitur. deinde exigit interpretatio bonæ fidei, ut exceptio æque hoc in caſu inſit actioni bonæ fidei, atque in ſuperiore: licet pactum non valeat ad actionem. Pone: inter emptorem & venditorem ex intervallo convenit, ut venditor de dupla caveret datis fidejuſſoribus: non poterit emptor agere eo nomine: quia hoc pactum aliquid adjicit extra naturam internam contractus: & tamen ſi venditor pretium petat actione ex vendito, proficiet emptori pactum, agente venditore: nam poteſt emptor uti exceptione, Extra quam ſi pactum conventum ſit, de dupla caveri cum fidejuſſore. ea vero exceptio ineſt judicio bonæ fidei, ſive oppoſita in jure apud Prætorem, ſive illic omiſſa, modo apud Judicem allegetur; ideoque ejus officio continetur. Expoſui ſenſum Papiniani in *d. l.* 72. qui ſi placet; etiam expoſitus eſt ille Ulpiani, in *d. l.* 7. §. 5. *verſ. Idem reſponſum ſcio a Papiniano:* quia eamdem perſequitur facti ſpeciem, & hanc ex Principiis Papiniani.

Tantum de pactis ad contractuum adminicula ſpectantibus. ſequuntur quæ ad internam contractuum naturam, ſive ad eorum ſubſtantiam pertinent. hic autem placet, re integra, nihil intereſſe, utrum ab initio fiat pactum, an ex intervallo: præterea, utrum adjiciat, an detrahat contractui aliquid: adeo pactum in omnibus his caſibus contractui non tantum ad exceptionem ineſſe, ſed etiam ad actionem. cauſa meæ opinionis eſt; quod ſive addatur pretio, ſive detrahatur, integra emptione, de ejus ſubſtantia quæ ex pretio conſiſtit, nova celebratur conventio; eaque fit, ut a priore emptione recedi, & quodammodo nova emptio contrahi videatur. Ita Papinianus, & in Notis ad eum Paulus, *d. l.* 72. *D. de contrahenda emptione:* etiam Ulpianus *d. l.* 7. §. 6. *D. de pactis*, ſed aliquanto operoſius. unum notabo, quod ibi Florentiæ ſic legitur, *Adeo autem bonæ fidei judiciis exceptiones poſtea factæ quæ ex eodem ſunt contractu, inſunt, ut conſtet, in emptione, cæteriſque bonæ fidei judiciis, re nondum ſecuta, poſſe abiri ab emptione.* & reliqua. Sed Jacobus Cujacius *lib.* 2. *Obſerv. c.* 15, pro *exceptiones* reſtituit *depectiones.* nulla neceſſitate: *excipere* eſt *paciſci.* inde *exceptio* eſt pactio: & *exceptiones poſtea factæ.* ſunt pactiones poſtea factæ: ut alibi docui. De his vero exceptionibus, ſive pactionibus, quæ ex eodem ſunt contractu, Ulpianus *d.* §. 6. ſic ſentit, eas poſtea, id eſt, ex intervallo, factas, ita ineſſe bonæ fidei judiciis, id eſt, bonæ fidei contractibus ita contineri: ut conſtet, in emptione cæteriſque bonæ fidei judiciis, (intellige cæteros contractus conſenſu conſtantes) re nondum ſecuta, id eſt, re adhuc integra, ſive re nondum tradita, neque pretio adhuc numerato, poſſe ab emptione & venditione abiri. quod verum eſt, & in *l.* 2. §. 3. *D. de reſcindenda venditione, & l.* 58. *D. de pactis*, confirmatur. Sed non hic quieſcit Ulpianus *d. l.* 7. §. 6. longius pergit. nam, ſi poteſt, inquit, pacto in totum abiri ab emptione: quid ni ejus pars pactione mutari poſſit? ut, ſi verbi gratia, pretium minuatur, aut augeatur. tum enim a priore emptione recedi, & quodammodo nova contrahi emptio intelligitur. ita certe fit, ut contractus idem maneat magis genere, quam ſpecie. fit enim novus: nec tamen eſt actum de priore in totum abolendo. hoc igitur intuitu poſſit poſterior quodammodo haberi pro pacto priore inhærente. nec male ait Ulpianus, ea effici ratione; ut pactio ſpectans ad contractus ſubſtantiam, non tantum ex rei, ſed etiam ex agentis, parte obtineat; nec minus huic ad actionem, quam illi ad exceptionem proficiat. id vero ſic confirmat. ſi poteſt tota res tolli pacto: cur non & reformari queat; ut quodammodo quaſi renovatus videatur contractus; & pactum hoc modo æque ab actoris, atque a rei parte ſervetur. ſimili ratione nec illud reprobat, quod Pomponius libris Lectionum probat, poſſe in parte recedi ab emptione, quaſi repetita partis emptione. Hoc, ſi res ſit integra. quid, ſi deſierit eſſe talis? puta; ego quæ me ex empto præſtare tibi oportebat, præſtiti: & cum tu mihi pretium deberes; convenit inter nos, ut rurſus præſtitis mihi a te in re vendita omnibus quæ ego præſtiti, mihi non dares pretium: tu mihi ea præſtitiſti, ait Neratius *l.* 58. *D. de pactis*, viſum eſſe Ariſtoni, te deſinere petium debere: & præfatur; quod interpretario bonæ fidei ad quam omnia hæc rediguntur, hanc quoque conventionem admittit: Neratii ſenſus eſt, vel ex hoc pacto naſci exceptionem; ſed ineſſe bonæ fidei judicio: igitur ex hoc quoque pacto deſinere te pretium debere ipſo jure. utique nil intereſſe, inquit; utrum integris

omni-

omnibus in quæ obligati eſſemus, conveniret, ut ab eo negotio diſcederetur; an in integrum reſtitutis his quæ ego tibi præſtitiſſem; conſentiremus: ne quid tu mihi eo nomine præſtares. Addit Neratius §. 1. *d. l.* 58, illud plane conventione quæ pertineat ad reſolvendum id quod actum eſt, non poſſe perfici: ut tu quod jam ego tibi præſtiti, contra præſtare cogaris: ſcilicet, quod eo modo non tam agitur, ut diſcedamus a priſtino negotio, quam ut novæ quædam obligationes inter nos conſtituantur. id vero ex intervallo non poteſt fieri pacto nudo: ſicut neç eo pacto poteſt ex intervallo tolli obligatio: ubi res deſiit eſſe integra.

Poſſim videri plus ſatis dixiſſe de pactis, bonæ fidei contractibus in continenti adjectis: ſed mihi aurem vellit Papinianus *l.* 7. *D. de ſervis exportandis*, & monet, ea pacta non in infinitum ſervari actione contractus: ſed demum, ſi conſiſtant intra naturam contractus: nam ſi ab ea ſint aliena, aut ejus modum formamve egrediantur, deſtitui, & extra actionis poteſtatem haberi. eſt exemplum Papiniani egregium in pacto de præſtanda pœna, ob non ſervatam contractus fidem. Verba Papiniani appoſui. *Servus ea lege venit, ne in Italia eſſet: quod ſi aliter factum eſſet, convenit citra ſtipulationem, ut pœnam præſtaret emptor. vix eſt, ut eo nomine vindictæ ratione venditor agere poſſit: acturus utiliter, ſi non ſervata lege, in pœnam quam alii promiſit, inciderit. Huic conſequens erit, ut hactenus agere poſſit, quatenus alii præſtare cogitur: quidquid enim excedit, pœna, non rei perſecutio eſt. Quod ſi, ne pœnæ cauſa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur. Nec videntur hæc inter ſe contraria eſſe: cum beneficio adfici hominem, interſit hominis: enimvero pœnæ non irrogatæ indignatio ſolam duritiem continet.* Proponitur ſervus eſſe venditus: ea lege, ne in Italia eſſet; &, ſi aliter factum eſſet, conveniſſe; ut pœnam præſtaret emptor. poſtea facto adverſus legem contractus, quæritur; an venditori jus ſit, vindictæ ratione ex vendito agere pacti ejus nomine? negat Papinianus: arbitratus, tale pactum egredi formam non dicam venditionis, ſed omnium contractuum. quis enim contractus, unam ſi excipias ſtipulationem, pœnæ gratia comparatur? nullus. contra omnes finiuntur rei de qua contrahitur, utilitate: id eſt, æſtimatione ejus quod contrahentium intereſt, adeo, lucri ceſſantis & damni emergentis, vel etiam affectus pii & honeſti quem facile probet arbiter in judicio bonæ fidei *l.* 54. *D. Mandati*. His igitur modis ſi interſit agentis ex lege contractus bonæ fidei: ſiverunt Veteres agi, non repugnante contractus forma. ſi non ſic interſit ejus: noluerunt agi ex contractu *l.* 32. *D. Locati*, *l.* 8. §. 6. *D. Mandati*: etſi de pœna in continenti convenit: quia pœna non eſt res ad quam ſpectat contractus; ſed perſecutio vindictæ, extra modum rei debitæ, extraque formam contractus, pactive ei adjecti, conſtitutæ: excepta, ut dixi, ſtipulatione: inventa firmandarum aliarum conventionum gratia. ita ſuſtinens, fidem contractus aliqua obſtringere pœna, hanc non paciſci, ſed ſtipulari debet: quando in pœnæ ſtipulatione non quæritur, quantum cujuſque interſit, ſed quæ quantitas ſit in ſtipulatione *l.* 3. §. 1. *& l.* 38. §. 17. *D. de verborum obligationibus*. at hic nulla facta eſt pœnæ ſtipulatio. tantum pacto convenit de pœna. non igitur actione ex ſtipulatu hic petetur pœna, quia non eſt promiſſa ſtipulatione: nec actione ex vendito, quia eſt extra poteſtatem ejus contractus, utique quatenus pergit ad vindictam. nam ſi ei miſceatur rei perſecutio, ut ſi venditor ipſe ob non ſervatam legem aliquid ſit daturus alii: adhuc rationis eſt, hactenus ei dari actionem ex vendito: quia ejus ſic intereſt pecuniæ ratione: ultra eſt ſtudium vindictæ, cujus non eſt probabilis paciſcendi cauſa, utpote habens propoſitum magis duritiæ, quam ejus quod intereſt; & ideo interpretatione bonæ fidei minime adjuvandum. Sic Papinianus libro 10. Quæſtionum ex quo eſt *d. l.* 7. ſed deinde libro XXVII. ex quo eſt *l.* 6. *D. de ſervis exportandis*, tranſiit in Sabini ſententiam, a priore diverſam: non quod eum pœniteret rationis piæ & humanæ: ſed quod ſentiret, ſe eſſe lapſum errore facti. ante enim putabat, non aliter agi ex vendito, quam ſi venditoris intereſſet pecuniæ ratione: veluti, quia ipſe pœnam alii promiſiſſet. non autem convenire viro bono, credere, venditoris idcirco intereſſe, quod non eſſet ſævientis animo ſatisfactum. nunc a Sabino edoctus, venditorem minoris vendidiſſe ſervum ea lege, ut extra Italiam exportaretur: videt, ejus intereſſe, ſervum exportari, non modo ob vindictam; ſed etiam propter fidem æſtimationis ſervi, idcirco, ut exportetur, minoris venditi: eamque æſtimationem efficere partem pretii, & actione ex vendito recte peti.

Æque notabile eſt ſequens Pauli exemplum *l.* 11. *D. de religioſis*. verba Pauli. *Quod ſi locus monumenti hac lege venierit*, Ne in eum inferrentur, quos jus eſt inferri: *pactum quidem ad hoc non ſufficit, ſed ſtipulatione id caveri oportet*. Venditus proponitur locus monumenti: id eſt, fundi portio in qua erat monumentum ſive ſepulchrum. venditus autem eſt is locus: ea lege, Ne venditor inferat quos jus ſit inferri. ait Paulus, non ſufficere tale pactum, ut emptori pariat empti actionem, venditore mortuum inferente adverſus legem venditionis. nam pecuniæ ratione, quo unice tendit ex empto actio, non intereſſe emptoris, id fieri: contra hoc magis ſpectare ad pœnam quæ ſit extra contractus formam: igitur poſſe hoc conveniri ſtipulatione pœnæ, in qua non inſpicitur, quanti ſtipulatoris interſit, ſed quæ ſit quantitas ſtipulatione comprebenſa.

Ttt Ejuſ-

Ejuſdem generis eſt hoc Pomponii *l. pen. D. de pactis. Nemo paciſcendo efficere poteſt, ne ſibi locum ſuum dedicare liceat: aut ne ſibi in ſuo ſepelire mortuum liceat: aut ne vicino invito prædium alienet.* Quo planior fiat locus aſper: ante monebo, quod is pertinet ad materiam de emptione & venditione: ſub qua etiam melius fuiſſet poſita: quando eſt ex Pomponii *lib. 9. Ad Sabinum:* ex quo ſunt *l. 4. 6. 8. 13. 16. 18. 20. D. de contrahenda emptione*, item *l. 1. D. de hereditate vel actione vendita, & l. 5. D. de periculo & commodo rei venditæ:* omnes peræque de emptione & venditione loquentes. ſit igitur talis ſpecies. aliquis fundum ſuum vendidit: hac lege, ne emptor eum dedicaret; neve in eo mortuum ſepeliret; aut ne invito vicino prædium alienaret. emptor facit adverſus fidem pacti. an venditori competit venditi actio. quæſtio in eo vertitur: quod pactum in continenti adjectum contractui bonæ fidei, ei ineſt. negat tamen Pomponius, tale pactum efficere quod intendit venditor: nempe, quia domino invidet libertatem re ſua utendi, prout ei videtur; etſi venditoris nihil interſit. non igitur oportuit hoc effici pacto bonæ fidei contractui in continenti adjecto: ſed pœnali ſtipulatione. Sic Pomponius ex diſciplina ſui temporis. quam mutavit Imp. Juſtinianus *l. ult. C. de pactis inter emptorem:* jubens, talem pactionem valere, ex eaque venditi actionem dari: duplice ratione. prior eſt, quod venditor, cum eſſet rei ſuæ dominus, abſque ea lege eſſet, rem ſuam emptori non tradidiſſet. altera ratio eſt; quod poterat venditoris intereſſe. quid enim, ſi idcirco minoris vendidit? certe placet hoc Sidonii Apollinaris *lib. 12. epiſt. 14. Non magis cordi eſt aut voluptati ager cum reditibus amplis, quam vicinus æqualis cum bonis moribus.* Et apparet res in eo Apuleji *lib. IX. Metamorph. At enim caſulæ parvulæ conterminos magnos & beatos agros poſſidebat vicinus potens & dives & juvenis, & proſapiæ majorum gloria male utens, pollenſque factionibus, & cuncta facile faciens in civitate, hoſtili modo vicini tenuis incurſabat pauperiem, pecua trucidando, boves abigendo, fruges adhuc immaturas obterendo. Jamque totum frugalitate ſpoliatum, ipſis etiam glebulis exterminare geſtiebat; finiumque inani commota quæſtione, terram totam ſibi vindicabat.*

Cæterum ſicut pœna promiſſa præter rem bonæ fidei contractu debitam, habetur extra contractus poteſtatem, etſi promiſſa pacto in continenti adjecto; nec poteſt peti, niſi actione ex ſtipulatu, ſi in ſtipulationem ſit deducta: ita ne uſura quidem olim pacto promitti potuit in contractu bonæ fidei, ut maxime ei in continenti adjiceretur: reſiſtente ejus forma: quia non magis uſura, quam pœna, naſcitur ex pecuniæ corpore, ideoque non eſt in pecuniæ fructu *l. 121. D. de verborum ſignificatione*, nec circa eam conſiſtit, ſive de intercepto lucro, ſive de illato damno, agatur, ſaltem ut ſufficiat Judici ad probationem ejus quod intereſt: ad cujus æſtimationem omnis contractus ſpectat. tantum uſura in ſtipulationem deducta, ex ſtipulatu petitur: eo quod in ſtipulatione non inſpicitur, quanti interſit ſtipulatoris, ſed quæ ſit quantitas ſtipulatione comprehenſa: ut de pœna, quo nomine etiam uſura indigitatur, ſupra dixi. Hanc opinor fuiſſe Jure Civili formam omnis contractus, tam bonæ fidei, quam ſtricti juris, uſque ad D. Pium: ſed ejus Conſtitutione (quod primus obſervavi, *De fænore & uſuris lib. 3. c. 6. & lib. 1. c. 5*) memorabilem accidiſſe mutationem. cum enim ante circa uſuras nihil valeret Judicis officium, ne in bonæ quidem fidei judiciis ex mora, nec ſub colore ejus quod intereſt, una excepta ſocietate ex Labeonis ſententia, a Pomponio approbata *l. 60. D. Pro ſocio*; contra ſola valeret ſtipulatio, ut idem docet Pomponius *d. l. 121*: deinde placuit Conſtitutione, & quidem D. Pii; (ſic enim conjeci *d. lib. 3. c. 6*) ut generaliter in bonæ fidei judiciis, quatenus ad uſuras attinet, tantum poſſet officium arbitri, quantum ſtipulatio *l. 24. D. depoſiti. l. 7. D. de negotiis geſtis.* igitur illo ex tempore, quod ante non erat jus, cœperunt uſuræ in bonæ fidei judiciis, itemque in legatis & fideicommiſſis, vicem fructuum obtinere *l. 34. D. de uſuris*, & ſub eo quod intereſt, id eſt, ſub lucro ceſſante & damno emergente officio Judicis comprehendi: ſimul eo obtinuit, ut uſuræ in bonæ fidei contractibus æque ex pacto in continenti adjecto, atque ex ſtipulatione, promitti poſſent, non modo poſt, ſed etiam ante moram *d. l. 24. l. 17. §. 4. D. de uſuris.* at in ſtricti juris contractibus vetere juris forma tantum ſtipulatione promitti poſſent, nudo pacto non poſſent.

CAPUT XII.

De pactis adjectis contractibus ſtricti juris.

Ita in bonæ fidei contractibus. at de ſtricti juris contractibus ſilet Ulpianus *l. 7. §. 5. & 6 D. de pactis.* ſed ego didici, intereſſe: utrum pacta his in continenti, an ex intervallo adjiciantur: item utrum addant, an detrahant obligationi. nam in continenti adjecta, ſi addant obligationi; non ineſſe ex parte actoris, neque formare actionem. ſin detrahant; ineſſe ex parte rei, & actionem tollere vel transfigurare ipſo jure. quod ſi ex intervallo ſint ſubſecuta, ſive quid detrahant, ſive adjiciant contractui: ei non ineſſe; ita nec tollere actionem ipſo jure; & tantum ad exceptionem proficere. Sic Veteribus viſum;

non

Digitized by Google

non tamen ſemper, neque omnibus. nam ut alibi, ſic hic, uſus quædam ex antiqua mutavit forma: etſi parcius in mutuo, quam in ſtipulatione. fuerit id curioſæ obſervationis: ac ſi faſtidio non erit mea diligentia: exequar ſingula meo ingenio exemplis aliquot non inelegantibus.

Familiam ducet Ulpianus *l.* XI. §. 1. *D. de rebus creditis* verbis ſequentibus. *Si tibi dedero decem [ſic], ut novem debeas: Proculus ait, & recte, non amplius te ipſo jure debere, quam novem. ſed ſi dedero, ut undecim debeas, putat Proculus, amplius quam decem condici non poſſe.* Exemplum hoc in mutuo. in quo duo dicit Ulpianus, atque ex auctoritate Proculi: qui, ut mihi videtur, princeps auſus fuit, hic recedere a Veterum definitione, non in totum, ſed ex parte. primum ait Ulpianus, ſi dedero tibi decem mutuos; hoc pacto, ut novem debeas: te ipſo jure novem debere, non decem. & movet Ulpianum: quod id pactum mutuo in continenti eſt adjectum: nec ei addit, ſed detrahit. ineſt igitur mutuo ex parte rei; & certi condictionem ex eo natam, quatenus datum eſt, ipſo jure tollit, quantum attinet ad decimum nummum. hoc primum Ulpianus: ſequutus Proculum, qui ſic primus ſtatuit adverſus veterem Juris formam. quid deinde Ulpianus? Si, inquit, dedero tibi decem; ea lege, ut undecim debeas: Proculum putare, amplius quam decem, condici non poſſe. ſic Ulpianus: ſignificans, Proculum nihil hac in parte mutaſſe ex Juris regula. nam pactum ut undecim debeas, cum decem accepiſti, auget mutui obligationem: & ideo non ineſt mutuo ex parte actoris; nec informat certi condictionem ex mutuo, quatenus datum eſt, competentem.

Non ignoro, paſſim aliam adduci cauſam, cur in *d. l.* XI. §. 1. decem datis ex mutuo, & adjecto pacto, ut novem, aut ut undecim debeantur: in altero caſu tantum novem, in altero tantum decem, debeantur. ajunt ſcilicet, in altero donatum videri nummum decimum: in altero obligationem re non contrahi ultra quam datum ſit. Sed neutra reſponſio noſtram moratur ſententiam. primum non nego, decem datis ex cauſa mutui, ut novem reſtituantur, debitori donatum eſſe nummum decimum. quin fateor, quia hæc donatio ei pacto facta eſt; non poſſe decem cum effectu peti. at eſt error hoc quæri exiſtimantium. illud vertitur: ſi nihilominus creditor decem a debitore petat certi condictione, id eſt, actione ſtricti juris: quomodo ſervanda uſu Fori Romani ea donatio videatur: ipſone jure, an pacti exceptione ex hoc Edicto? iſtæc res eſt, atque ea huc redit: utrum tale pactum inſit mutuo, id eſt, contractui ſtricti juris: an non inſit. nam ſi non ineſt ei: jam nudum eſt; nec prodeſt ipſo jure, ſed per exceptionem. ſin ineſt ei: magis actionem tollit ipſo jure, quam per exceptionem. quid ergo eſt? ait Ulpianus, non amplius te ipſo jure debere, quam novem. putat igitur, pactum mutuo, id eſt contractui ſtricti juris, in continenti adjectum, cum detrahit obligationi, ineſſe ex parte rei, & certi condictionem ipſo jure expungere. reſpondi primæ objectioni: videamus alteram.

Hæc æque infirma. concedamus enim, quod ajunt, decem datis, ut undecim debeantur, non undecim, ſed decem deberi: eo quod non poteſt obligatio re naſci ultra, quam datum ſit: non tamen id propoſitam expedit difficultatem. adhuc enim quæro, cur apud Ulpianum ex mutuo quod re contrahitur, non poſſit propter adjectum pactum ultra id quod datum eſt, obligatio naſci Civili Jure? ea vero non alia eſt, quam quod pactum, mutuo in continenti adjectum, ſi quid addat obligationi, non ineſt ex parte actoris; itaque nudum manet, & nullius momenti eſt. alioquin depoſitum æque re contrahitur ac mutuum: & tamen ex nummis, ſine obſignatione depoſitis ea lege, ut uſuræ præſtentur, donec tantumdem reddatur: placuit Papiniano *l.* 24. *& l.* 25. §. 1. *D. Depoſiti*, etiam Paulo *l.* 26. §. 1. *D. eod. tit.* uſuras deberi actione depoſiti: quamvis negari nequeat, ſic obligationem re naſci ultra, quam depoſitum eſt. putemus igitur, inter mutuum & depoſitum (etſi utrumque re contrahatur) intereſſe: quod mutuum eſt contractus ſtricti juris; depoſitum bonæ fidei: ideoque pactum depoſito adjectum de præſtandis uſuris, depoſito ineſt ex parte actoris, & format depoſiti actionem: poſtquam placuit Divo Pio, quod ſuperiore oſtendi capite, in bonæ fidei judiciis, quoad uſuras, tantum poſſe officium arbitri, quantum valet ſtipulatio *d. l.* 24. at mutuo non ineſt tale pactum; nec paciſcenti prodeſt ad petendas uſuras *l.* 3. *& l.* 7. *C. de uſuris*: quippe cum in ſtricti juris judiciis, exceptis legatis & fideicommiſſis, non placuerit Divo Pio, circa uſuras mutare veterem formam, ſed eas adhuc, tamquam pœnam, tantum ſtipulatione deberi.

Atque huc etiam it Paulus *l.* 17. *D. de pactis*, pulchra & elegante, ſed cujus vis, mea opinione, nondum ſatis intelligitur. ipſa interim eſt ex Pauli lib. 3 Ad Edictum, eoque propria hujus loci, ita nec pigebit me, in eam diligentius inquirere. verba Pauli. *Si tibi decem dem, & paciſcar*, ut viginti mihi debeantur: *non naſcitur obligatio ultra decem: re enim non poteſt obligatio contrahi, niſi quatenus datum ſit.* Ut planior fiat Pauli ſententia, obiter præmittam, quod eſt citra controverſiam, ſi tibi decem dem, nec paciſcar, ut mihi viginti debeantur: nihil mihi deberi præter decem: eo quod non poteſt re naſci obligatio, niſi quatenus datum ſit. hoc exploratum omnibus; nec eſt quæſtioni Paulo. ſed quid, ſi in-

terveniat tale pactum, ut plus debeatur, atque in continenti, ubi contrahitur mutuum? ea eſt Pauli quæſtio. ait vero, nec jam naſci obligationem ultra decem. vere & meditate: nam ſi abſque eo pacto ſit, non poteſt mutuum, id eſt, re, ultra quam datum eſt, naſci obligatio. at nec cauſa eſt, cur magis, ob adjectum tale pactum, ultra quam datum eſt, naſcatur. quia ultra nil abeſt creditori: ac ſi ultra ei promittatur; pœna aut uſura vocatur: ad quam non ſpectat natura mutui; ſed ſtipulatio, ſi ſubjecta ſit: quod ſi non ſit; pactum nudum eſt, atque inutile Civili Jure. non enim ineſt contractui ſtricti juris, qualis eſt mutuum: quia in eo nihil mutavit Divus Pius: ut ſupra dixi. igitur etiam poſt id pactum manet mera atque integra mutui natura: non permittens, re naſci obligationem; niſi quatenus datum ſit. expoſui primum exemplum quod eſt de pactis mutuo adjectis.

Alterum erit de pactis ſtipulationem ſequutis. tale exemplum eſt apud Paulum *l.* 4. §. *ult. D. de pactis:* quæ eſt ex libro ejus tertio Ad Edictum. verba Pauli. *Ex facto etiam conſultus, cum conveniſſet,* ut donec uſuræ ſolverentur, ſors non peteretur, *& ſtipulatio pure concepta fuiſſet; conditionem ineſſe ſtipulationi, atque ſi hoc expreſſum fuiſſet.* Species Pauli. Dediſti Mævio mutuos centum. eos cum uſuris tibi dari ſtipulatus es: & convenit in continenti, Ne ſors petatur, donec uſuræ ſolvantur. ſolutis ſuo tempore uſuris, dubitatum eſt: non, an ſors repeti poſſit; (certum eſt enim, non poſſe cum effectu peti, propter pactum conventum) ſed utrum actor, ſi eam petat, per exceptionem, an ipſo jure removeatur? ea quæſtio in eo verſatur: utrum pactum ſtipulationi inſit? ſi enim negamus, ineſſe ſtipulationi: actor exceptione repelletur. ſin dicimus, ei ineſſe: verius eſt, eum ipſo jure removeri. quid igitur eſt? ait Paulus, conditionem perinde ineſſe ſtipulationi, atque ſi hoc expreſſum eſſet. ipſo igitur jure reum adjuvari. Ex eodem, opinor, fonte profluxit hoc Ulpiani *l.* 41. §. 1. *D. de verborum obligationibus. Quoties in obligationibus dies non ponitur, præſenti die pecunia debetur: niſi ſi locus adjectus ſpatium temporis inducat, quo illo poſſit perveniri. verum dies adjectus efficit, ne præſenti die pecunia debeatur.*

Cæterum quod ex Paulo & Ulpiano dixi, non ſemper obtinuit, nec omnibus ſedit. nam ab initio, atque ut ego conjicio ex *d. l.* XI. §. 1. *D. de rebus creditis*, ante Proculum vigebat contraria Juris regula. eamque Sabinum retinuiſſe, & ſibi placere, Caſſius retulit, apud Papinianum *l.* 4. *D. de ſervitutibus.* fuerunt quoque Papiniani, Pauli, & Ulpiani tempore qui pro ea ſtarent fortiter. obſervavi id ex *l.* 40. *D. de rebus creditis.* refertur ibi hiſtoria cognitionis Æmilii Papiniani, Præfecti Prætorio: in qua ambigebatur; utrum pactum in continenti adjectum ſtipulationi, reo ad exceptionem prodeſſet ex hoc Edicto; an magis ſtipulationi ineſſet, & ipſo jure ſervaretur: placuit autem Papiniano de Conſilii ſententia, pactum in continenti adjectum ſtipulationi, ei ineſſe, & ſupervacuam reo eſſe exceptionem. ita factum; ut ad certum adduceretur conſuetudo de qua uſque adhuc fuerat inter Proculianos & Sabinianos variatum. Rem veram narro, at paucis notam, certe a nullo, quantum recordor, traditam. fuerit igitur tanti, eam demonſtrare. ipſe ſic, ut dixi, Paulus *d. l.* 40. clara & nobili, ac jam a me expoſita *lib.* 3. *De fœnore & uſuris c.* 4. ſolum igitur notabo quod hujus loci eſt, ex ea liquere, fuiſſe in Auditorio Æmilii Papiniani, Præfecti Prætorio, quæſitum; utrum pactum in continenti adjectum ſtipulationi, ei inſit ex parte rei, id eſt, reo ſine exceptione proſit ipſo jure: ac fuiſſe qui negaret; ſed diverſam ſententiam obtinuiſſe Decreto Papiniani. Sic Paulus. hoc vero quid vult; niſi, quod ante dixi, pactum quod ad minuendam ſtipulationem pertinet, ei ineſſe ex parte rei, in ejuſque honorem aut omnino tollere, aut transfigurare aliquatenus ſtipulationem, actionemque ejus. nempe, ut cum ſtipulatione primum comprehenſum eſſet de ſorte ſolvenda primis Kalendis, deque præſtandis uſuris pro ſorte illis Kalendis non ſoluta; ac deinde pacto in continenti adjecto ſtipulationi, conſtituti eſſent dies alii ſolvendæ ſorti; ea mutatio ipſa contineri ſtipulatione exiſtimetur: perinde quaſi ab initio ei inſerta eſſet. oſtendit igitur Paulus veterem Juris regulam: oſtendit etiam conſuetudinem ei contrariam; atque hanc, cum de ea dubitaretur, Papiniani Decreto in judicio confirmatam tandem, receptamque eſſe in ſtipulatione.

Nec tamen hoc caret difficultate, pene inextricabili: quando in §. 3. *Inſt. de verborum obligationibus* ſic ſcribit Imp. Juſtinianus. *Si ita ſtipuleris*, Decem aureos annuos, quoad vivam, dare ſpondes? *& pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non poteſt deberi: ſed heres petendo pacti exceptione ſubmovebitur.* Species. Titius a Sempronio ſtipulatur decem aureos annuos. Sempronius paratus eſt, eos promittere; dum Titius in ſtipulatione adjiciat, quoad vivam. conſentit in conditionem Titius. fit ſtipulatio: inſertis verbis, Quoad vivam. an ineſt ſtipulationi pactum ei ex continenti adjectum? non ineſt. quo argumento? quia perpetua eſt hæc ſtipulatio; quamquam paciſcentibus placeat, eſſe temporalem. ſupereſt certe actio ex ſtipulatu poſt Titii mortem: poteſtque heres Titii agere ex ſtipulatu ipſo jure: ſed inſtituta ab herede actio, ex hoc Edicto pacti exceptione infirmatur. Adhuc igitur valet Juris regula, nulla infracta conſuetudine. Sed quid eſt? minime miror, a Juſtiniano in Inſtitutio-

tutionibus allegari regulam cui jam olim derogavit conſuetudo; etſi nulla conſuetudinis facta mentione: ſæpe hoc fit. magis miror, Papinianum *l.* 4. *D. de ſervitutibus*, & Paulum *l.* 44. §. 1. *&* 2. *D. de obligationibus & actionibus* de quibus jam dixi, ad eumdem diſputare modum. Nec tamen erravero; ſi in his quoque malim, regulam cum conſuetudine conjungi, quam ab ea ſeparari. hac enim via in illis Veterum Fragmentis quæ non habemus integra, fit difficultas: illa evitatur. Id multis demonſtravi *lib.* 1. *Probabil. c.* 2. *&* 3. ſed quia eſt eximii uſus, ſi veram ſequamur rationem: non gravabor, adhuc exemplum unum quod ſit plurium inſtar, adſcribere. Exſtat in *l.* 12. *D. de obligationibus & actionibus* hæc regula ex Pomponii *lib.* 29. *Ad Sabinum. Ex depoſiti & commodati, & mandati, & tutelæ, & negotiorum geſtorum, ob dolum malum defuncti heres in ſolidum tenetur.* Viguit ea regula Pomponii tempore in omnibus his actionibus: ſed mutata eſt deinde circa tutoris heredem, opinor, Severi, & Antonini Conſtitutione quæ eſt in *l.* 1. *C. de heredibus tutorum & curatorum:* cujus verba ſic reſtituenda ſunt ex *Baſilic. lib.* 38. *tit.* 7. *tom.* 5. *pag.* 104. *Heredes tutorum ob negligentiam quæ latæ culpæ comparari poſſit, condemnari non oportet: ſi non contra tutorem lis inchoata eſt, neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia præſtitum ſit.* Patiamur igitur, utrumque conjungi locum; & tam notabilem liquere Juris inclinationem. Sit ita, quoad Pomponium: is enim qui potuit noſſe Severi & Antonini Conſtitutionem tot annis poſt ejus obitum naſcituram? ſed quid faciemus Paulo? qui ſub illis floruit; & lib. 18. Ad Plautium ex quo eſt *l.* 49. *D. de obligationibus & actionibus*, ſine ulla ejus Conſtitutionis mentione, atque eodem plane modo quo Pomponius, ſcribit: *Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque verſetur: veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is apud quem depoſitum eſt.* Idem cenſeo quod de Pomponio dixi. fabulæ. niſi ipſe hanc regulam Paulus cum ſequuta Conſtitutione conjungit. ubi? in *l. ult. D. de fidejuſſoribus & nominatoribus & heredibus tutorum.* verba Pauli. *Paulus reſpondit tale judicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus ſuſcepit. Hoc eo pertinet, ut non excuſetur heres, ſi dicat, ſe inſtrumenta tutelaria non inveniſſe: nam cum ex omnibus bona fide judiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto obſervandum [&] in tutelæ actione. Sed Conſtitutionibus ſubventum eſt ignorantiæ heredum. hoc tamen tunc obſervandum eſt, cum poſt mortem tutoris heres conveniatur, non ſi lite conteſtata tutor deceſſerit: nam litis conteſtatione & pœnales actiones transmittuntur ab utraque parte, & temporales perpetuantur.*

Dedi memorabile exemplum quod imitemur in *d.* §. 3. *Inſt. de verb. obligat. item d. l.* 4. *D. de ſervitutibus, & d. l.* 44. *D. de obligationibus & actionibus.* quin arbitror, etiam his in locis (quorum ſpecies pleraſque ex uſu ſui temporis conjungit Julianus *l.* 56. §. 4. *D. de verborum obligationibus*) referri regulam a qua tandem ſit conſenſu omnium Juris Auctorum receſſum: etſi ante variaretur. Ac jam palam de ſuo tempore Ulpianus *l.* 41. §. 1. *D. eod. tit.* quæ eſt ex lib. 50. Ad Sabinum, *Dies*, inquit, *adjectas efficit, ne præſenti die pecunia debeatur.* Non ait, *ne petatur*, ſed *ne debeatur.* atqui ex regula juris ceſſerat quidem dies, ſed non venerat: itaque etſi peti non poſſet, tamen interim debebatur. ſic idem Ulpianus ex lib. 1. Regularum in *l.* 213. *D. de verborum ſignificatione.* quod diligentiſſime notandum. Præterea velim, deliberent eruditiores, an huc quoque intendat Imp. Juſtinianus *l. ult. C. de legatis: Jam*, inquiens, *conſtitutum eſt, fieri poſſe temporales donationes & contractus.* Me enim quod attinet; prope eſt, ut cenſeam. ita non ſint Civili Jure temporales contractus, nec temporales donationes; ne fiant quidem, ob adjectum pactum, temporales ante Papiniani Decretum: (quia tempus Jure Civili non eſt modus inducendæ aut finiendæ obligationis *l.* 44. §. 1. *D. de obligationibus & actionibus:* nec propter adjectum pactum eſſe incipit, eo quod hujuſmodi pactum non ineſt ſtricti juris contractui, qualis eſt ſtipulatio) eſt tamen, ut Juſtinianus ait, jam conſtitutum, atque, opinor, a Prudentibus. nam & hi conſtituere, & ipſorum Conſtitutiones dicuntur *l.* 1. *D. de privatis delictis, & l.* 91. §. 3. 4. *&* 6. *D. de verborum obligationibus.* eſt, inquam, jam conſtitutum, ſive eſt in hoc communi itum conſenſu poſt Decretum Papiniani: ut pactum in continenti adjectum ſtipulationi, ei inſit, actionemque ex ſtipulatu tollat ipſo jure, & contractum faciat temporalem qui ante non erat talis. Sane, quod ad bonæ fidei contractus attinet: non fuit opus Papiniani Decreto: cum emptionem & venditionem, verbi gratia, etiam ante Papinianum, temporalem faceret lex commiſſoria, & addictio in diem. ſed & Paulus *l.* 1. *D. Pro ſocio* exponens formam ſocietatis regulis juris receptam, ait, Societatem coïri poſſe vel in perpetuum, id eſt, dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel ſub conditione. nimirum, quia tale pactum bonæ fidei contractui in continenti adjectum, ei ineſt ipſo jure, nec deſiderat exceptionem, ultro comprehenſam Judicis officio.

Utilis & neceſſaria fuit ſuperior diſputatio. ſed non minus pulchra eſt quæ ſequitur: an ſtipulationi etiam ad actionem inſit pactum, cum auget contractum: is enim reſtat ſcrupulus adhuc moleſtus Juriſprudentiæ. etiam memini, me ante hac exiſtimare, tale pactum ſtipulationi, etſi in continenti adjectum, non in-

ineſſe: ſed nudum manere; ideoque ſtipulatori ad actionem non prodeſſe. Nunc me in contrarium vocat Paulus *l.* 40. *D. de rebus creditis:* non permittens ultra; ut putem, hæc ejus verba (*quia pacta in continenti facta ſtipulationi ineſſe creduntur, perinde eſſe, ac ſi* &c.) non pertinere ad formandam ex ſtipulatu actionem: ſi quando pactum augeat ex ſtipulatu obligationem: ſunt enim laxiora, quam ut patiantur, ſe reſtringi ad propoſitam illi ſpeciem: in qua pactum minuebat obligationem: etſi huic a Paulo recte applicentur. una ſit cautio: ut pactum fiat de re ſtipulatione comprehenſa, & fere circa ejus cauſas, quales ſunt modus, tempus, locus, conſiſtat. nam ſi ad augendam rem, aut quantitatem in ſtipulationem deductam ſpectet: contra eſt. id ut putem, auctor mihi Ulpianus *l.* 1. §. 3. *D. de verborum obligationibus*, verbis ſequentibus. *Si quis ſimpliciter interrogatus reſponderit, Si illud factum erit, dabo: non obligari eum conſtat. Aut ſi ita interrogatus, intra Kalendas quintas, reſponderit, dabo Idibus: æque non obligatur. non enim ſic reſpondit, ut interrogatus eſt. Et verſa vice ſi interrogatus* [*fuerit*] *ſub conditione, reſponderit pure: dicendum erit, eum non obligari. Cum adjicit aliquid vel detrahit obligationi, ſemper probandum eſt, vitiatam eſſe obligationem: niſi ſtipulatori diverſitas reſponſionis illico placuerit: tunc enim alia ſtipulatio contracta eſſe videtur.* Species talis eſt. Titius rogat Sejum pure, Dabis? Sejus reſpondet ſub conditione, Si illud factum erit, dabo. an valeat ſtipulatio? quæritur. ſed negat Ulpianus. idemque eſſe dicit; ſi ita interrogatus Sejus, intra Kalendas quintas dabis: reſponderit, Dabo Idibus. & verſa vice, ſi interrogatus ſub conditione, reſponderit pure. quam ob rem? quia in omnibus his caſibus non ſic reſpondit Sejus, ut interrogatus eſt. ut autem ſit ſtipulatio, debet interrogationem ſequi reſponſio, ipſa interrogationi congrua. nam reſpondere (ut Varro ait *lib.* 5. *De lingua Latina*) eſt ſpondere ad voluntatem rogantis. itaque (addit Varro) qui ad id quod rogatur, non dicit, non reſpondet. Optime igitur Ulpianus, *Cum*, inquit, *adjicit aliquid, vel detrahit obligationi, ſemper probandum eſt, vitiatam eſſe obligationem.* Hoc Ulpianus, *Niſi ſtipulatori diverſitas reſponſionis illico placuerit:* & præfatur, *Tunc enim alia ſtipulatio contracta eſſe videtur.* Ait, *alia ſtipulatio:* pari ſenſu, quo a Paulo *l.* 72. *D. de contrahenda emptione* dicitur *nova emptio*; & ab ipſo Ulpiano *l.* 7. §. 6. *D. de pactis* dicitur *renovari contractus.* Vult igitur Ulpianus, (redeundum enim eſt ad *d. l.* 1. §. 3) ſemper vitiari ſtipulationem: ſi quæ inter reſponſionem interrogationemque adjiciendo vel detrahendo cadat diverſitas: modo in hanc illico non conſentiat ſtipulator. alioquin perinde eſſe, ac ſi interrogationem ſequuta ſit congrua reſponſio: eo quod pactum ſtipulationi in continenti adjectum, ſive addat, ſive detrahat, ea non minus continetur, quam ſi ab initio ſic contracta fuiſſet. ſane uti ad ſtipulationem non eſt ſatis, eſſe conſenſum: ita abſque illa foret interpretatione, vix poſſet nudo ſtipulatoris conſenſu in diverſitatem reſponſionis nova contrahi ſtipulatio. ut enim maxime dicatur ſtipulator in diverſitatem conſenſiſſe ejus approbatione: non ideo dicetur nova uſus interrogatione quam poſtulat forma ſtipulationis. Putemus igitur, ſtipulatore confeſtim conſentiente in diverſitatem reſponſionis, Ulpiano idcirco videri aliam contrahi ſtipulationem: quod pactum ſtipulationi in continenti adjectum, ſive addat, ſive detrahat, ea æque continetur, ac ſi ſtipulatio ad hunc modum ab initio ſit concepta: ideoque tam formet, quam tollat ex ſtipulatu actionem. Sic: ſi conventio in continenti adjiciatur de re ſtipulatione comprehenſa, & intra ejus cauſas conſiſtat. nam de his agit Ulpianus *d. l.* 1. §. 3. At ſi foras ſpectat conventio, & augeat ſtipulationis quantitatem, aut agat de obligatione amplianda aliis rebus, quam de quibus ſtipulatio facta eſt: non putat Ulpianus, eam ſtipulationi ineſſe; eoque ſtipulatori ad actionem prodeſſe. id enim ſignificant hæc ejus verba *d. l.* 1. §. 4. *Si ſtipulanti mihi decem, tu viginti reſpondeas: non eſſe contractam obligationem, niſi in decem, conſtat. ex contrario quoque, ſi me viginti interrogante, tu decem reſpondeas: obligatio niſi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere ſummam, attamen manifeſtum eſt, viginti & decem ineſſe.*

Vix ipſe me abſolvam ab anxia & prope miſera diligentia: ſi iterum quæram, an pactum mutuo in continenti adjectum, cum auget obligationem, mutuo inſit ex parte actoris, eique ad actionem proſit: cum in ſuperioribus ex *l.* 11. §. 1. *D. de rebus creditis* oſtenderim, placuiſſe Proculo, hic ſervare antiquam Juris formam. Eſt tamen quod metui poſſit a ſequentibus Gaji verbis in *l.* 48. *D. de pactis: In traditionibus rerum quodcunque pactum ſit, id valere manifeſtum eſt.* Solet enim Gajus ſic accipi: quaſi dicat, qualecumque pactum rerum traditionibus adjectum, ubi non ſervatur actione nominati contractus, adhuc valere in modum innominati. ita decem datis, ut undecim reddantur: nummum undecimum non quidem peti condictione certi ex mutuo, ſed actione præſcriptis verbis peti. At hoc parum conturbat rationes meas. eſt enim verum quod dixi, pecunia vel alia quantitate data, ut reſtituatur in eodem genere, & præterea detur vel fiat aliquid: videri mutuum; pactum autem adjectum de augenda obligatione, pro nullo eſſe. nempe, quia eſt adverſus naturam mutui, ut non ſit gratuitum, quamdiu retinet nomen ſuum. mutuum certe ob hujuſmodi pactum non magis tranſit in contractum innominatum, quam in obliga-

tionem

tionem fœnebris pecuniæ. neutrum enim proditum eſt apud noſtros: quia neutrum receptum eſt Civili Jure. quin Paulus *lib. 2. Sentent. tit.* 14. ait, *Si pactum nudum de præſtandis uſuris interpoſitum ſit, nullius eſt momenti:* & hanc addit rationem Paulus. *Ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non naſcitur.* Simili modo negant Impp. Severus & Antoninus, *l. 3. C. de uſuris*, uſuras fœnebris pecuniæ citra vinculum ſtipulationis peti: etſi confiteantur, ſolutas ex pacti conventione neque ut indebitas repeti, neque in ſortem accepto ferendas eſſe. quod non minus falſum, quam dictu abſurdum foret: ſi ſine ſtipulatione promiſſæ nudo pacto in traditione mutuæ pecuniæ, tamquam ex innominato contractu, actione præſcriptis verbis peterentur. Ad hæc accedit: quod in paucis caſibus obtinuit, jure ſingulari: ut ex pacto adjecto traditioni creditarum pecuniarum uſuræ debeantur. tale exemplum in fœnore nautico *l. 7. & l. 5. §. 1. D. de fœnore nautico*, in pecuniis a civitate creditis *l. 30. D. de uſuris*, in frumento aut hordeo mutuo dato *l. 12. C. eod. tit.* & in pecuniis ab argentariis creditis ex *Novella* 136. *c.* 4. Quo privilegio an fuiſſet in his opus: ſi pactum in continenti adjectum traditioni mutuæ pecuniæ, tamquam ex innominato contractu, actionem præſcriptis verbis ad ſortis incrementum produceret? nullo modo. At Gajus obſtat *d. l.* 48. Quid, ſi reſpicit ad Legem Duodecim Tabularum cujus hæc ſunt verba apud Feſtum: *Si nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupaſſit, ita jus eſto?* id mihi perſuadet Inſcriptio *d. l.* 48: *Gajus lib.* 3. *Ad legem* XII *Tabularum.* quantum vero conjectura aſſequor: complura notavit ea in Lege Gajus. primum eſt, locutam fuiſſe de rebus mancipi: ſed uſum ejus vim porrexiſſe etiam ad res cæteras. alterum eſt: quod Lex cavit de ſolemni mancipatione inter cives Romanos fieri ſolita: Gajus autem quod Lex de mancipatione dixit, etiam in traditione obſervari ſinit: nec inter cives Romanos tantum, ſed inter alios quoque. præterea non effugit Gaji diligentiam: quod Lex non fuit de omni locuta pacto; ſed de ſolemni: *Si*, inquiens, *nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupaſſit, ita jus eſto.* at Gajus ait, *In traditionibus rerum quodcunque pactum ſit, id valere.* Quid ergo eſt? tantum vult Gajus, licere domino a quo qualiſcumque res tradatur ex cauſa venditionis, dotis, donationis, aut innominati contractus, ejus traditioni quam velit, legem dicere; & dictam actione bonæ fidei, aut præſcriptis verbis, ſervare; quod veriſſimum eſt: modo ſit intra formam contractus: ut ſi reſpicit ad id quod paciſcentis interſit ob rem debitam. Eo ſenſu Ulpianus *l. 7. D. de rebus creditis* ait, *Omnia quæ inſeri ſtipulationibus poſſunt, eadem etiam poſſunt numerationi pecuniæ: & ideo & conditiones.* Sic: ſi paciſcentis interſit ob rem debitam. quod ſi alio ſpectet: contra eſt. quia egreditur modum contractus, pactioniſque. exemplum in pacto de uſuris, traditioni pecuniæ mutuæ in continenti adjecto: item in pactione pœnæ. *l. 7. D. de ſervis exportandis.* plus obſervat Paulus *l. 11. D. de religoſis*, quod tali pacto, etſi traditioni appoſito, atque in bonæ fidei contractu, non efficitur quod per ſtipulationem fieri poteſt. Sed hæc latius ſum exſecutus in fine præcedentis capitis: nec pluribus opus eſt. deſinamus igitur mirari, in mutuo, id eſt, in ſtricti juris contractu, & gratuito, evenire in *d. l.* 11. §. 1: ut decem creditis, ſub pacto, ut undecim reddantur, tantum decem deberi: pactumque id nullius momenti haberi; ac ne ad contractum quidem innominatum proficere. Donationem ſane eſſe, vetat donationis forma: (quæ ante Juſtinianum fuit traditio aut ſtipulatio) minuſque eam res patitur. ita optime Auguſtinus, *Concion. 3. in part. 3. Pſalm. 36, tom. 8. pag. 123. Si fœneraveris homini, id eſt, mutuam pecuniam tuam dederis a quo aliquid plus, quam dediſti, exſpectes accipere; non pecuniam ſolam, ſed aliquid plus dediſti, ſive illud triticum ſit, ſive vinum, ſive oleum, ſive quidlibet aliud, ſi plus quam dediſti exſpectas accipere fœnerator es.*

CAPUT XIII.

De legitimis conventionibus ex definitione Pauli l. 6. D. de pactis.

Explicui pacta conventa contractibus bonæ fidei & ſtricti juris adjecta: id eſt, priorem caſum in quo ex pacto naſcitur vel tollitur actio. Tranſeo ad pacta legitima: quibus alterum contineri, ſupra dixi. de his ita libro tertio Ad Edictum Paulus *l. 6. D. de pactis. Legitima conventio eſt quæ lege aliqua confirmatur: & ideo interdum ex pacto actio naſcitur vel tollitur, quotiens Lege, vel Senatuſconſulto adjuvatur.* Paulus legitimam conventionem definit a confirmatione Legis: cum Ulpianus *l. 5. D. eod. tit.* illam æſtimet, a forma Juris Civilis. recte ad ſuum quiſque finem. ſed male Juris Architecti eam Pauli definitionem in *d. l.* 6. ſubjecere pro explicatione diviſionis Ulpiani in *d. l.* 5, ad quam non pertinet: ut ſupra obſervavi c. VIII.

Sed Paulum videamus. Ait, actionem ex pacto naſci & tolli, quoties lege aliqua adjuvatur. Accidere id in pacto, Ne furti agatur, idem ait Paulus *l. 17. §. 1. D. eod. tit.* quæ lex eſt ex ejus libro 3. Ad Edictum, ſicut *d. l.* 6; & cum ea bene conjungitur. nam & Ulpianus *l. 7. §. 14. D. eod. tit. De furto,* in-

inquit, *paciſci Lex permittit:* Legis verbo ſignificans legem Duodecim Tabularum: quam per excellentiam ſic appellari conſtat, & idem refert Ulpianus in *Fragm. tit.* XI. Ad hanc etiam reſpicere opinor Imperatores *l.* 13. *C. de furtis:* cum, Leges, inquiunt, poſt deciſionem furti agi prohibuiſſe. Similiter ait Paulus *d. l.* 17. §. 1. *& l.* 27. §. 3. *D. de pactis*, ſi pactum fiat de injuria, actionem tolli ipſo jure. & hoc convenienter verbis Legis Duodecim Tabularum his, apud Feſtum in verbo, *Talionis*, & A. Gellium, *lib.* 20. *Noct. Attic. c.* 1. *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio eſto.* Lex actionem injuriarum dat ſub conditione, Ni pacit. quod ſi pacit, eam non dat. hoc vero quid eſt, niſi quod Paulus ait, actionem injuriarum illo pacto tolli ipſo jure?

Ex eodem Pauli lib. 3. Ad Edictum huc retraham hæc verba *l.* 7. *D. de nautico fænore; In quibuſdam contractibus etiam uſuræ debentur, quemadmodum per ſtipulationem. nam ſi dedero decem trajectitia, ut ſalva nave ſortem cum uſuris recipiam, dicendum eſt, poſſe me ſortem cum uſuris recipere.* Deſunt Paulo verba, *ex pacto.* Scribo, *In quibuſdam contractibus etiam ex pacto uſuræ debentur, quemadmodum per ſtipulationem.* Senſus Pauli: Uſuræ in quibuſdam contractibus etiam ex pacto debentur: ſicut alioquin debentur per ſtipulationem. id evincit ſubjecta hæc Pauli ſpecies: Dedi decem trajectitia: ut, id eſt, ea lege, ut ſortem cum uſuris, ſalva nave, recipiam. Promiſſæ hac in ſpecie ſunt uſuræ nudo pacto: nulla interpoſita ſtipulatione. ait vero Paulus, poſſe me ſortem cum uſuris petere. qua ratione? non addit Paulus. ſed, puto, hæc fuit: quod id pactum aliqua eſt firmatum lege, cujus memoriam, ut multa alia, delevit temporis injuria. is Pauli ſenſus, & convenit huic Scævolæ *l.* 5. §. 1. *D. eod. tit. In hiſce omnibus & pactum ſine ſtipulatione ad augendam obligationem prodeſt.*

Proxima ſuperiori loco eſt *l.* 30. *D. de uſuris* ex Pauli *libro ſingulari Regularum.* indicat vero ea Inſcriptionis obſervatio, Paulum præmiſiſſe regulam, Uſuras pecuniæ creditæ Jure Civili non pacto, ſed ſtipulatione deberi: & deinde ſubjeciſſe exceptiones quas ab ea fecerit Princeps aut Senatus. cum enim hic quoque deficiat vetuſtatis memoria; nihil pro certo dici poteſt. inter cæteras tamen exceptiones, hæc eſt: quod ex nudo pacto civitatibus debentur uſuræ creditarum ab eis pecuniarum.

Præterea ait Imp. Alexander, ſub quo floruit Paulus, *l.* 12. *C. eod. tit.* Frumenti vel hordei mutuo dati acceſſionem etiam ex nudo pacto præſtandam eſſe.

Age vero qui prætéream pactum de donando. nam hoc quoque fuit Jure Pandectarum confirmatum, non inter omnes, ſed inter conjunctas perſonas: ejus exempli meminit Paulus *lib.* 4. *Sentent. tit.* 1. §. 15. verbis ſequentibus. *Filio quibuſcumque verbis a patre fideicommiſſum relictum jure debetur. Sufficit enim inter conjunctas perſonas quibuſcunque verbis, ut in donatione, voluntas expreſſa.* Fateor non attingit Paulus Conſtitutionem qua donatio inter conjunctas perſonas facta, pacto nudo adjuvetur: fuiſſe tamen aliquam D. Pii Conſtitutionem, auctor eſt Conſtantinus *l.* 4. *Cod. Theod. de donationibus.* Verba Conſtantini. *Juxta Divi Pii, conſultiſſimi Principis, inſtituta, valere donationes placet inter liberos & parentes, in quocunque ſolo, & cujuslibet rei, liberalitas probabitur extitiſſe, licet neque mancipatio dicatur, neque traditio ſubſecuta, ſed nuda tantum voluntas claruerit, quæ non dubium conſilium teneat, nec incertum, ſed judicium animi tale proferat, ut nulla quæſtio voluntatis poſſit irrepere; & conlata inter cæteras, exceptas Cinciæ legi, perſonas obtinere propriam firmitatem, ſive mancipationis decurſa fuerit ſolennitas, vel certe res tradita doceatur.* Sic Conſtantinus. ſed jus vetus mutavit Imp. Juſtinianus *l.* 35. §. 5. *C. de donationibus:* volens, donationem deinceps inter omnes perſonas ſine diſcrimine valere ex nudo pacto, etſi nulla intervenerit aut traditio aut ſtipulatio.

Donationi ſubjiciam nudam dotis pollicitationem: quam confirmarunt Impp. Theodoſius & Valentinianus: cum dos ante non ea, ſed traditione, dictione, aut ſtipulatione conſtitueretur. extat Conſtitutio *l.* 3. *Cod. Theod. de dotibus*, in hæc verba. *Ad exactionem dotis, quam ſemel præſtari placuit, qualiacunque ſufficere verba cenſemus, etiamſi dictio vel ſtipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit ſubſecuta.* At Tribonianus eam in *l.* 6. *C. de dotis promiſſione* ad hunc transformavit modum. *Ad exactionem dotis, quam ſemel præſtari placuit, qualiacunque ſufficere verba cenſemus, [ſive ſcripta fuerint,] ſive non, etiamſi ſtipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit ſubſecuta.*

Non erravero, ſi apud Paulum *d. l.* 6 Legis appellatione etiam intelligam Edictum Prætoris. nam hoc Lex vocatur *l.* 1. §. 2. *D. Unde cognati.* habeo autem ex Edicto exemplum duplex: unum in hypotheca; alterum in conſtituta pecunia. de hac teſtatur Imp. Juſtinianus §. 6. *&* 9. *Inſt. de actionibus*; de illa Paulus *l.* 17. §. 2. *D. de pactis:* quæ eſt ex ejus libro tertio Ad Edictum, & ad intellectum *d. l.* 6. recte adhibetur. ait autem Paulus: *De pignore jure honorario naſcitur pacto actio: tollitur autem per exceptionem, quotiens paciſcor, Ne petam.* Ita eſt: ex pacto naſcitur actio de hypotheca: quia id pactum Prætoris Edicto, velut Lege, confirmatur: volente utilitate. nam hypotheca nudo pacto facta, ante hoc Edictum nullius momenti erat Jure Civili. ex pignore autem tradito etſi pigneratitia naſceretur actio in perſonam

Digitized by Google

nam inter debitorem & creditorem; tamen in rem actio creditori, amiſſa poſſeſſione, nulla competebat adverſus tertium poſſeſſorem: quia creditor poterat quidem dicere, debitorem ſibi teneri ex contractu pigneratitio: at non poterat dicere, ſuam eſſe rem, quæ erat pignori tradita: niſi ei ceſſa eſſet in jure, vel mancipata, contracta fiducia. multo minus poterat id creditor dicere: re non tradita, ut ut nuda conventione obligata. porro erat hominibus incommodum, in quibuſcumque rebus, majoribus & minoribus, in urbe & ruri, in Italia & in provinciis, adhiberi ſolemnitates, in fiducia deſiderari ſolitas. mitto cæteras: non ſemper, nec ubique erat copia civium Romanorum, ut mancipatio fieret; aut Prætoris, ut in jure ceſſio perficeretur. adde, quod mancipatio tantum in rebus mancipi, & inter cives Romanos obtinebat; non etiam in rebus nec mancipi, neque inter peregrinos. igitur bonum factum Prætoris: qui motus utilitate contrahentium, approbavit hypothecas nuda conventione obligatas, primum in invectis & inductis atque illatis in prædium ruſticum: mox etiam in reliquis §. 7. *Inſt. de actionibus*, *l.* 4. *D. de pignoribus & hypothecis*. inde ſicut fiducia contracta vel ceſſione, vel mancipatione, poterat eam creditor, tamquam dominus, Jure Civili vindicare a quocumque poſſeſſore: ita ſi res eſſet obligata nudo pacto, videbatur creditor auctoritate Edicti, quamquam non rei dominium, tamen jus in re accepiſſe *l.* 19. *D. de damno infecto*: eoque facultatem rem ſibi obligatam actione Serviana vel quaſi Serviana a quocumque poſſeſſore petendi: & quia nullo prorſus diſcrimine, utrum ei tradita eſſet poſſeſſio, an non eſſet: quantum ad formulam hypothecariam attinet, nullam inter pignus & hypothecam eſſe differentiam, præterquam in ſono nominis, recte obſervavit Marcianus *l.* 5. §. 1. *D. de pignoribus*: quæ eſt ex ejus *libro ſingulari Ad formulam hypothecariam*. cæterum ait Imp. Juſtinianus *d.* §. 7, in aliis, id eſt, in actione pigneratitia, quæ eſt in perſonam, inter hæc eſſe differentiam. Dixi, quid velit Paulus *d. l.* 17. §. 2. *D. de pactis*, *De pignore*, inquiens, *jure honorario naſcitur pacto actio.*

Exſpectas, quale ſit, quod ſubjicit, *Tollitur autem per exceptionem, quotiens paciſcor, Ne petam.* Eſt vero in hac parte inſignis difficultas. nam ſi hypotheca nudo pacto conſtituitur ex Edicto Prætoris: quid ni tollitur pacto nudo? cum præſertim ante Edicti confirmationem non minus Prætorio, quam Civili Jure negligeretur: poſt autem ut Prætorio Jure valeret; non idcirco accepit formam Juris Civilis. proinde ſi fiat pactum, Ut hypotheca ſit: a Prætore ſuſtinetur vinculo æquitatis. rurſus ſi fiat pactum, Ne hypotheca ſit: quod fuit vinculum æquitatis, contrario pacto, hoc eſt, contraria æquitate a Prætore diſſolvitur. ita perit ipſo jure quo colligatur. Hoc credes fide mea: ſin minus; ſpondebit pro me Marcianus *l.* 5. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur.* Ait is, *Solvitur hypotheca, & ſi ab ea diſcedatur.* Significat vero, Hypothecam ipſo jure finiri pacto, Ne res hypothecæ ſit. id enim volunt verba, *Et ſi ab ea diſcedatur.* Marciano addam Impp. Diocletianum & Maximianum *l.* 23. *C. de pignoribus* cuidam Macedoniano ita reſcribentes. *Major annis viginti quinque pignoris conventionem remiſſam, cum hoc ſolum pactum, vel juriſdictio ſecundum ipſius voluntatem tueatur, perſequi non poteſt.* Imperatorum ſenſum confudit interpunctio poſt verba, *cum hoc ſolum pactum*. profecta illa a ſequiore intellectu particulæ, *vel*, ibidem ſequentis. deleo & lego. *Major annis viginti quinque pignoris conventionem remiſſam, cum hoc ſolum pactum vel juriſdictio ſecundum ipſius voluntatem tueatur, perſequi non poteſt.* Senſus Imperatorum eſt: Major viginti quinque annis non poteſt actione hypothecaria perſequi pignus quod ei conventione fuit obligatum: poſtquam id contraria conventione remiſit: propterea quod vel juriſdictio (ita hic, ut paſſim appellatur Prætoris Edictum) hoc ſolum pactum, ſecundum ipſius majoris voluntatem, tuetur. Sic Imperatores: id autem quid efficit? niſi, ut putemus, Prætorem in Edicto eam hypothecæ dediſſe formam: ut pacto ſolo, ſive nudo, & naſcatur & pereat. ita profecto eſt: Imperatores volunt, hypothecam nudo pacto tam tolli, quam conſtitui. & hanc adferunt rationem optimam: quum vel juriſdictio hoc ſolum pactum tueatur id eſt, quia tam Pætoris Edictum, quam naturalis æquitas adjuvat hoc ſolum, ſive hoc nudum pactum: locutione non diſſimili huic Valeriani & Gallieni *l.* 3. *C. de teſtibus*, *Etiam jure civili domeſtici teſtimonii fides improbatur.* Eſt manifeſtum, quod dico, ſed erit adhuc manifeſtius: intelligentibus, voculam, *vel*, in *d. l.* 23. ſumi pro, *etiam*, aut ſimili, & præcipuum quiddam ſignificare: ut in *l.* 1. *D. de pignoribus & hypothecis*, *l.* 43. *D. Familiæ erciſcundæ*, & alibi ſæpe; in primis in illo Terentii, *Andria* 3. 2. *verſ.* 9, *Vel hoc quis non credat, qui norit te abs te eſſe ortum.* Ubi ſic notat Donatus: *Vel* modo non eſt disjunctiva conjunctio, ſed pro etiam poſita: ut apud Virgilium. *Vel Priamo miſeranda manus.* Et, *Carmina vel cœlo poſſunt deducere lunam.* Sed liquet, hypothecam ipſo jure tolli; ſi ſit pactum, Ne hypotheca petatur.

Niſi reclamat Marcianus *l.* 8. §. 2. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur.* Verba Marciani. *Si procurator debitoris in rem ſuam ſit, non puto dubitari debere, quin pactum noceat creditori. Itemque ſi a parte creditoris procurator in rem ſuam extiterit, paciſcendo inutilem ſibi faciet hypothecariam actionem. in tantum, ut*

putem recte dici, & dominis litis hoc caſu nocere hanc exceptionem. Marcianus meminit *exceptionis*; cum tractet pactum, Ne pignori hypothecæve ſit res: ut ex comparatione §. 1. *d. l.* 8. intelligitur. At cum in anteceſſum demonſtraverim, Marcianum *l.* 5. *D. eod. tit.* ſine circuitu dicere, Hypothecam ſolvi, ſi ab ea diſcedatur: non mihi permitto; ne putem, *exceptionem* illi in *d.* §. 2. *l.* 8. non ſignificare quamdam excluſionem actionis ſummo jure competentis, ut accipitur *l.* 2. *D. de exceptionibus*: ſed pactionem. quomodo *excipere* pro paciſci, & *exceptio* pro pactione ſumitur *l.* 32. *D. de uſufructu. l.* 24. *D. de actionibus empti. & l.* 7. §. 6. *D. de pactis.* Sic in pacto, Ne hypotheca petatur.

Quid, ſi ſit, Ne debitum petatur? eodem pergit Edicti æquitas. Nec defuere tamen, opinor, quibus ſederet, hypothecam hoc caſu liberare per exceptionem. vix quoque dubito; quin hæc ſententia, ut tutior, magis obtinuerit: ſapientibus in jure potius tuta, quam vera ſectantibus. Deſiderant certe hanc expoſitionem complura Veterum loca ad hoc aut ſimile pactum pertinentia: quæ, ut res meretur, explicabo omnia invicem ſe adjutura. initium faciam a *d. l.* 5: in qua ſic ait Marcianus: *Solvitur hypotheca, & ſi ab ea diſcedatur, aut paciſcatur creditor, ne pecuniam petat. niſi* [*ſi*] *quis dicat pactum interpoſitum eſſe, ut a perſona non petatur. & quid ſi hoc actum ſit, cum forte alius hypothecam poſſidebit? ſed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem* [*&*] *in hoc caſu poſſunt dici, ut & ab hypotheca diſcedatur.* Primum ait Marcianus: *Solvitur hypotheca, & ſi ab ea diſcedatur, aut paciſcatur creditor, ne pecuniam petat.* Senſus manifeſtus, Hypothecam ipſo jure ſolvi; debitore paciſcente, Ne hypotheca ſit: idemque eſſe, ſi creditor paciſcatur, Ne pecuniam, id eſt, ne debitum petat. Deinde ait Marcianus, *Niſi ſi quis dicat pactum interpoſitum eſſe, ut a perſona non petatur.* Marcianus hic movet difficultatem adverſus id quod dixit. conſiſtit vero difficultas circa poſterius pactum, Ne pecunia petatur: certo jure prioris, quod eſt, Ne res hypothecæ ſit. ita eſt ſenſus Marciani, Hypothecam etiam ſolvi, creditore paciſcente, Ne pecuniam petat. ſed hoc recipere difficultatem: nam ſic non agi, Ne hypotheca petatur; ſed Ne debitum petatur. is Marciani ſenſus. Niſi mavult, Etiam ſolvi hypothecam pacto creditoris, Ne pecunia petatur: præterquam ſi ſit pactum in perſonam: id eſt, Ne pecunia petatur a perſona Lucii Titii, verbi gratia. At huc flectenti ſtatim in mora fuerit ſequens verſus, *Et quid ſi hoc actum ſit, cum forte alius hypothecam poſſidebit?* quid enim intendit, quid agit? utique reſiſtit illi interpretationi exceptio pacti conventi perpetua, quam in ſequentibus nominat Marcianus. nam ea non minus hypotheca, quam principale debitum liberatur. quod nemo dicet fieri perſonali pacto. non inficior, hoc differri actionem hypothecariam: ſicut eo differtur principalis. quin, cum principalis differtur actio, plerumque agitur: ut creditori interim hypotheca cautum ſit. igitur timeo, Marciani verba exaudire de perſonali pacto. magis ea exponam de perſonali actione: qua principale debitum tantum petitur a perſona debitoris: cum actio hypothecaria ſequatur omnem hypothecæ poſſeſſorem. Indicavi difficultatem quam ipſe ſibi movet Marcianus. Nunc ejus ſolutionem accipe. ait: *Et quid, ſi hoc actum ſit, cum forte alius hypothecam poſſidebit?* In his verbis eſt interrogatio, habens vim arguendi & fortiorem, quam rectus ſimplexque ſermo. ſenſus: Demus, pacto, Ne pecunia petatur, non directo agi, Ne hypotheca ſit: tamen ubi convenitur de tollendo debito, etiam conſentitur de tollenda hypotheca: nulla pignoris acceſſione, ſublato principali debito. ſolvitur igitur hypotheca pacto, Ne pecunia petatur. Hic ſenſus verborum Marciani, *Et quid ſi hoc actum ſit?* Nam ſequentia, *Cum forte alius hypothecam poſſidebit*, vacant. ſiccine? ne dubita. ſublata enim atque extincta hypotheca pacto convento debitoris & creditoris: quæſo, quo jure, aut quo colore ſupereſt actio hypothecaria? nullo plane. Ulpianus certe *l.* 17. *D. de pignoribus*, *Pignoris*, inquit, *perſecutio in rem parit actionem creditori.* Pignoris autem perſecutione non factum deſignat, ſed jus perſequendi pignoris: pari forma qua *culturam* & *curam* pro jure culturæ & curæ, item *alluvionem* pro jure alluvionis; & *iter actumque* pro jure itineris actuſque dici, oſtendi *lib.* 2. *Probabilium c.* 7. Senſus Ulpiani eſt: Ubi eſt creditori jus perſequendi pignoris; parata eſt ei in rem actio. ubi non eſt ei hoc jus; nec eſt ei in rem actio; ſive debitor ſive alius hypothecam poſſideat. atque hoc ſi eſt; ut eſt veriſſimum: dubito, an ſupervacua ſint hæc verba: *Cum forte alius hypothecam poſſidebit.* poſſunt enim abeſſe, integra Marciani diſputatione: eoque deliberavi *lib.* 2. *Probabilium c.* 8, *& lib.* 4. *c.* 10, an expungenda ſint quaſi Interpretis, præter cætera quæ ibi notavi, non animadvertentis, actionem hypothecariam ab uno pendere jure hypothecæ; & poſſeſſionem in rem agenti actione hypothecaria tantum oſtendere adverſarium. quomodo rei vindicatio a ſolo proficiſcitur dominio; *cum in rem actioni poſſeſſio pariat adverſarium.* quomodo in *l. unic C. de alienatione judicii mutandi cauſa facta* reſtitui oportere, admodum veriſimile eſt: vulgari ſcriptura, *Cum in rem actionem poſſeſſio pariat adverſario*, forte profecta ab errore Interpretis aut Librarii ſuperiori non diſſimili. ſed pro emendatione ſtant libri quidam manuſcripti ab Accurſio allegati; & in primis Græci, *lib.*

10.

10. *Baſilic. tit. ult. tom.* 1. *pag.* 718: *d. l. unicam* ita vertentes, Fabroto interprete, *In rem actio adverſarium noſtrum adgnoſcit eum qui poſſidet.* Sequitur apud Marcianum *d. l.* 5. *Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem & in hoc caſu poſſunt dici, ut & ab hypotheca diſcedatur.* Scribo: *Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem, & in hoc caſu poteſt dici, ut & ab hypotheca diſcedatur.* Poſt verbum, *eadem*, quod accipio in ablativo caſu, poſui virgulam. tum ſcripſi, *poteſt*, pro *poſſunt*: nulla mutatione, ſi cogitamus Sigla: in quibus Pʒ utrumque ſignificat in Notis Veterum. puto autem, *poteſt* fuiſſe a Marciano ſcriptum: & eſſe ſenſum, Sed cum principalis obligatio tollatur per exceptionem perpetuam, etiam dici, id eſt, defendi poſſe, quaſi eâdem exceptione & ab hypotheca, id eſt, ab acceſſione diſcedatur. Dixi, quod mihi viſum eſt probabile circa Marciani verba. Si tamen cui religio ſit, ex his ejicere, *cum forte alius hypothecam poſſidebit*: tentabo, & ea retinere verba. Primum igitur puta, verſum, *Niſi quis dicat, pactum interpoſitum eſſe, ut a perſona non petatur*, poſſe perinde exaudiri, ac ſi ſubjecta ei ſit clauſula, Nam hypotheca tum non ſolvitur pacto, Ne pecunia petatur: quia eſt tantum pactum; ne a perſona, id eſt, ne a Lucio Titio petatur. hunc ſenſum poſtulat ſermonis brevitas. Deinde vereor; ne ſequens verſus, *Et quid ſi hoc actum ſit, cum forte alius hypothecam poſſidebit*, non cohæreat cum proximo verſu, *Niſi ſi quis dicat, pactum interpoſitum eſſe, ut a perſona non petatur*: ſed debeat jungi anteriori verſui, *Aut paciſcitur creditor, ne pecuniam petat*; eique novam apponat inſpectionem. Non eſt, fateor, laudabilis ſcribendi forma, quæ doceas, nullo ordine collocare. ſed non infrequens Veteribus fuit ea confuſio. fuerunt illi homines, quales nos ſumus, ſæpe accurati, aliquando minus. ac ſupra *lib.* 2. *Obſerv. c.* 26. ſimile quid annotavi apud Calliſtratum *l.* 27. §. 1. *D. de pœnis.* Habebam hæc ſic ab aliquo tempore parata editioni hujus Operis: cum deinde intellexi ex familiari epiſtola Gulielmi Beſtii, Docti Juriſconſulti, ad me data, etiam ipſi incidiſſe pridem ſuſpicionem huic meæ non diſſimilem, deprehenſa in *d. l.* 5, & quibuſdam aliis Pandectarum locis Synchiſi, poſt alia interjecta, ponente quod oporteat ad priora referri. id ſicut lubenter vidi, ita credidi, convenire ſocietati ſtudiorum, ejus non minus honeſtam, quam amicam, facere mentionem. Sed videamus Marciani ſenſum. mihi talis ſuccurrit. Ait Marcianus, *Solvitur hypotheca, & ſi ab ea diſcedatur.* exemplum: ſi fiat pactum, Ne res pignori ſit. id exemplum nullam habet difficultatem: clara voluntate debitoris hypothecam remittentis. Deinde ait Marcianus, *Aut paciſcatur creditor, Ne pecuniam petat.* Marciani ſenſus eſt, etiam tali pacto hypothecam ipſo jure ſolvi: eo quod ſic paciſcens, etſi directo non conſentiat, Ne hypotheca ſit, tamen per conſequentiam pactionis de principali debito, ſic paciſci intelligitur: cum finito hac pactione debito, difficile ſit, ut non etiam hypotheca *tacito* conſenſu extincta ſit. Nec tamen hoc ſemper Marciano placet. contra ait, intereſſe; utrum tale pactum, Ne pecunia petatur, ſit in perſonam, an in rem. nam ſi in perſonam pactum ſit; id eſt, ut tantum a perſona debitoris Lucii Titii non petatur pecunia; tum non ſolvi hypothecam putat: eo quod eſt tantum temporale pactum; & ſalvo poſt id pactum debito, non eſt cauſa tollendæ hypothecæ, id eſt, acceſſionis de qua non eſt conventum. quod ſi in rem pactum ſit, quod pactum eſt perpetuum; ut ſi conventum ſit, Ne omnino petatur pecunia: cenſet Marcianus, etiam ſolvi hypothecam. & tamen (modo ſi, ut dixi, ſint hæc Marciani verba, *cum forte alius hypothecam poſſidebit*: quod pro certo non adfirmo, propter rationem ſupra allatam) obſervat Marcianus, vel tum poſſe oriri dubitationem. quid enim, ſi debitor paciſcatur, Ne omnino petatur pecunia, & alius poſſideat hypothecam? cæterum cogitat, ſi actum ſit, Ne omnino petatur pecunia debita, non eſſe cauſam hypothecæ, nullo principali debito: ideoque, in rem convento inter debitorem & creditorem, Ne pecunia petatur, etiam pactum eſſe, Ne hypotheca petatur: nec occurrere, cur non hic quoque hypotheca, ut ut ab alio poſſideatur, ipſo jure tollatur; eoque hypothecaria actio vel ſine exceptione evaneſcat. Sic Marcianus: ſecutus veritatem Edicti. Sed ea non placuit omnibus. imo fuere quibus ſederet aliter: hac ratione, quod principalis obligatio pacto, Ne pecunia petatur, non ipſo jure, ſed pacti exceptione perpetua, tollitur. in ea igitur varietate dubito: an tandem concedat Marcianus, etiam dici, id eſt, defendi poſſe, quaſi & hypotheca eadem exceptione tollatur. ita eſt: uſi ſunt utraque via Veteres: ac viſa hæc quæ hypothecam tollebat per exceptionem, in dubio tutior; eoque receptior fuit.

Hoc ſane modo niſi accipiatur Paulus, inextricabilis eſt ejus ſententia in his verbis *l.* 17. §. 2. *D. de pactis. De pignore Jure honorario naſcitur pacto actio: tollitur autem per exceptionem, quoties paciſcor, ne petam.* Sunt quidem ambigua Pauli verba: ſed reſtringenda ad pactum, Ne debitum petatur: non porrigenda ad pactum, Ne pignus petatur: quod, ut ante dixi, ſemper habuit definitionem indubitatam: cum illud non æque conſtantem reciperet. igitur ſatis habet Paulus, de incerta facere admonitionem: cum de certa eam facere, nihil attineret.

Fuerint hæc eo adhuc probabiliora: quod hypotheca conſenſu creditoris vendita a de-

bitore, ſimilia ſervari, teſtes ſunt Severus & Antoninus *l.* 2. *C. de remiſſione pignoris*, his verbis. *Si probaveris te fundum mercatum, poſſeſſionemque ejus tibi traditam, ſciente & conſentiente ea quæ ſibi eum a venditore obligatum dicit, exceptione eam removebis. nam obligatio pignoris conſenſu & contrahitur & diſſolvitur.* Titius fundum a ſe Mæviæ obligatum, Materno vendidit & tradidit, Mævia conſentiente. Mævia hunc fundum petit actione quaſi Serviana. Maternus rogat Imperatores: an ſibi jus ſit, eam repellere exceptione remiſſi pignoris. Pro Mævia facit: quod non conſenſit in remiſſionem hypothecæ: tantum conſenſit in ejus venditionem. Contra dici poteſt: quod ubi permiſit, fundum ſibi obligatum, Materno vendi & tradi, licet in hypothecæ remiſſionem palam non conſenſit, tamen tacite conſenſiſſe intelligitur: ideoque eum ſibi a Materno applicari, inverecunde deſiderat *l.* 8. §. 6. *l.* 10. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur.* Hæc ſumma conſultationis Materni. ad quam ſic reſcribunt Imperatores: Si probaveris, Materne, te mercatum eſſe fundum, ſciente & conſentiente Mævia cui obligatus eſt: procul dubio intervenit pactum conventum de tollenda hypotheca: non palam, ſed tacite & per conſequentiam. Igitur ſi velis uti exceptione qua de quæris; licet. (recepta quippe eſt, ut liquet ex *l.* 8. §. 9. *l.* 3. & 17. *D. eod. tit.*) cæterum conſtat, hypothecam conſenſu tam diſſolvi, quam conſtitui. Sic cenſeo, & voculam, *Nam*, in *d. l.* 2. habere incipiendi vim, & pro cæterum uſurpari: ut in *l.* 2. §. 1. *D. Vi bonorum raptorum*, *l.* 1. §. 3. *D. de calumniatoribus*, *l.* 6. *D. de rei vindicatione*, & ſæpe alibi.

Poſſem hic finire diſputationem ſatis prolixam. ſed cur deſeram Gajum in *l.* 7. §. 2. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur?* cui etiam nocuit mala manus; & profutura erit vicinia ſuperioris interpretationis. voluit enim Gajus diſſerere de vendita hypotheca ex conſenſu creditoris: cum cogatur invitus loqui de pacto, Ne pignus petatur. id ut intelligatur, erit integer adſcribendus locus. verba Gaji *d. l.* 7. *pr.* §. 1. & 2. *Si conſenſit venditioni creditor, liberatur hypotheca: ſed in his pupilli conſenſus non debet aliter ratus haberi, quam ſi præſente tutore [auctore] conſenſerit, aut etiam ipſe tutor: ſcilicet ſi commodum aliquid, vel ſatis ei fieri ex eo judex æſtimaverit.* §. 1. *Videbimus, ſi procurator omnium bonorum conſenſit, vel ſervus actor, cui & ſolvi poteſt, & in id poſitus eſt: an teneat conſenſus eorum? & dicendum eſt non poſſe: niſi ſpecialiter hoc eis mandatum eſt.* §: 2. *Sed ſi cum debitoris procuratore convenit, ne ſit res obligata, dicendum eſt id debitori per doli exceptionem prodeſſe. cum autem cum ſervo ejus convenerit, per ipſam pacti [conventi] exceptionem debet.* Sic habent omnes codices. ſed fugit me ratio, aut ita ſcripſit Gajus *d.* §. 2. *Sed ſi cum debitoris procuratore convenit, dicendum eſt, id debitori per doli exceptionem prodeſſe. & reliqua.* Hanc Gaji ſcripturam ut ut optimam, Vetus Interpres, adjectis his, *Ne ſit res obligata*, conſpurcavit: non perſpiciens, quemadmodum debitori ex pacto procuratoris aut ſervi de alienando pignore, eo vendito, daretur exceptio pacti conventi aut doli mali: cum certum eſſet, actionem hypothecariam, quæ in rem eſt, magis hypothecæ poſſeſſorem, quam debitoris perſonam ſequi. perinde igitur ac ſi lacuna eſſet eo in loco; aut aliud egiſſet Gajus, quam vellent ejus verba; vel pro interpretatione verbi *convenit*; vel pro varia lectione, ad marginem adjecit, *Ne ſit res obligata.* mox alius æque intelligens ſcilicet, ea verba e margine tranſtulit in contextum. Sed ſi advertamus animum ad connexionem loci totius, & ſingulorum membrorum ejus; non fuit Gajo propoſitum, exponere formulam pacti, *Ne ſit res obligata:* ſed quid Juris ſit, alienatione pignoris facta creditoris conſenſu. In qua ſpecie, propter quorumdam dubitationem, tutior fuit pacti exceptio: cum ea in pacto, *Ne res obligata ſit*, ſupervacua haberetur: ut ſupra oſtendi. Sed age ipſum conſideremus Gaji locum. primum dixit, Per exceptionem liberari pignus alienatum creditoris conſenſu. dehinc quæſivit, ſi is creditor ſit pupillus; an conſenſus ejus, vel ſolius, vel cum tutorum auctoritate conjunctus, ſufficiat. tum ſubjecit de creditoris procuratore, & actore ſervo. poſtremo tranſitum fecit ad procuratorem debitoris: quærens, an ejus pactum debitori proſit; ſi creditor cum eo procuratore convenit; non quidem, *Ne res obligata ſit:* (etſi id præferant omnes codices. quid enim hoc ad propoſitam quæſtionem?) ſed, *Ut debitori ſit jus vendendi pignoris.* unum enim hoc agitur *in pr.* §. 1. & §. 2. *d. l.* 7: nec aliud tractatur *in ſequente* §. 3. Igitur ſcripſit Gajus in *d.* §. 2: *Sed ſi cum debitoris procuratore convenit, dicendum eſt, id debitori per doli exceptionem prodeſſe. cum autem cum ſervo ejus convenerit, per ipſam pacti [conventi] exceptienem debet.* Hoc vero voluit; Si neque cum pupilli tutore, nec cum creditoris procuratore, ſed cum debitoris procuratore, aut cum ejus ſervo actore, convenit de vendendo pignore: profuturam debitori illic doli, hic pacti exceptionem. quod veriſſimum eſt *l.* 10. §. 2. *D. de pactis.* At eo recipit difficultatem: quod actio hypothecaria non adverſus debitorem datur, ſed adverſus pignoris poſſeſſorem *l.* 16. §. 3. *D. de pignoribus*; & ideo ſi quæ ſit exceptio illo ex pacto, non videtur debitori danda, ſed pignoris poſſeſſori. Atque hoc, opinor, eſt, quod Veterem fefellit Interpretem. poteſt enim debitor, ſi vendidit hypothecam, nec adhuc tradidit, ipſe actione hypothecaria conveniri, & ſe pacti aut doli exceptione tueri. imo, ſi creditor ei permiſit ven-

venditionem intra annum aut biennium: (ut in *l.* 8. §. 11. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur*) forſan ei nocebit exceptio, vel nondum facta venditione, intra id ſpatium. nam ubi creditor debitori conceſſit jus vendendi pignoris intra certum ſpatium; non tantum jus vendendi, ſed & retinendi pignoris, ei conceſſiſſe intelligitur. Sed profecto ſenſus Gaji in *d. l.* 7. *pr.* §. 1. 2. & 3. nimis manifeſtus eſt.

Caput XIV.

Donationes, ſive pacta conventa in ſpecie, tantum ſervari per exceptionem pacti conventi. tranſactiones etiam aliter.

Enarratis hactenus conventionibus, cum legitimis, tum juris gentium, tam non nudis, quam nudis, hiſque de petendo & de non petendo: tandem apparet, Prætorem pollicentem, ſervare pacta conventa, tantum indigitare nuda de non petendo, atque ipſa non actione, ſed exceptione ſervare: præſertim facta donationis cauſa. nam his actio gratis remittitur ſine conditione & lege; ac ſi agatur adverſus fidem pacti; ſufficit exceptio; nec nova actione opus eſt. at tranſactiones non fiunt gratis, ſed certa lege & conditione: id eſt, tantum aliquo dato, retento, aut promiſſo. his igitur cum non ſufficiat exceptio, non impleta lege tranſactionis: reſtat, qua forma eas ſervari oporteat.

Fit autem tranſactio pacto nudo, vel non nudo. primum nudo: ejuſque vis omnis exceptione finitur. ut tamen actori agenti priſtina actione, cum reus non ſervat fidem, & nihilominus pacti exceptione utitur, ſuccurratur replicatione doli mali vel in factum. exemplo, quale ſit illud, intelliges ex his verbis *l.* 28. *C. de tranſactionibus. Sive apud acta Rectoris provinciæ, ſive ſine actis ſcriptura intercedente vel non, tranſactio interpoſita eſt: hanc ſervari convenit. Sed quoniam, ut certum quid accipias, conveniſſe te, licet ſine ſcriptura proponis, nec hujus rei cauſa ſtipulationem ſecutam eſſe: quamvis ex pacto non potuit naſci actio, tamen rerum vindicatione pendente, ſi exceptio pacti oppoſita fuerit, doli mali, vel in factum replicatione uſa, poteris ad obſequium placitorum adverſarium tuum urgere.* Caſus talis eſt. Egit adverſus te rei vindicatione Sapparita: convenit inter te & ipſam: ut certum quid acciperet, & a lite deſiſteret. Sapparita omiſit litem motam. tu ceſſas dare quod promiſiſti. quemadmodum coget te implere tranſactionem? nulla intervenit ſtipulatio. præterea nihil datum aut factum fuit. eſt igitur pactum nudum: ex quo non datur actio. aliquis dicat, eam deſtitiſſe a lite, & ob id feciſſe. ſed non eſt ita. tantum omiſit Sapparita litem, non finivit; atque ut in præſentia non agat; poterit tamen ex ſuo commodo iterum experiri. atqui convenit, ne agat. eſto; ſed tale pactum ei non abſtulit rei vindicationem: quia non fecit, ne ſit domina rei cujus fuit domina. ſupereſt igitur ei rei vindicatio quam habuit, etſi hoc tempore non agat. & tamen ſi ea uti velit: conventus poteris te tueri exceptione pacti; modo ei tradas quod te daturum, ne agat, promiſiſti. alioquin ei jus eſt, exceptionem tuam infringere replicatione. facis enim dolo malo: volens tranſactionem tibi ſervari, ſed non ei. utetur igitur Sapparita replicatione de dolo, vel in factum: prout ſuadet perſonarum differentia. nam liberis aut libertis adverſus parentes aut patronos non datur exceptio doli, ſed in factum *l.* 4. §. 16. *D. de doli mali exceptione.*

Idem vel ſimilis tenor *l.* 21. *C. de pactis.* verba ejus. *Cum proponas, inter vos ſine ſcriptura placuiſſe, fratrum tuorum ſucceſſiones æquis ex partibus dividi, & tranſactionis cauſa probari poſſit hanc interceſſiſſe conventionem: exceptione te tueri potes, ſi poſſides. quod ſi adverſarius tuus teneat; ex hoc placito nullam actionem natam eſſe, ſi tibi ſtipulatione non proſpexiſti, debes intelligere: nec adverſario tuo tranſactione uti concedendum eſt, niſi ea quæ placita ſunt, adimplere paratus ſit.* Proponitur nata fuiſſe inter Euſebium ad quem reſcriptum eſt, & ejus fratrem lis de ſucceſſione defunctorum fratrum. deinde facta tranſactione, placuiſſe, fratrum ſucceſſiones æquis ex partibus dividi. fallit fidem frater. rogat Euſebius Imperatores, quomodo ſervanda ſit tranſactio. reſcribunt Imperatores: ſi poſſideas, Euſebi, partem hereditatis de qua convenit, & hanc abs te petat frater: poteris te tueri exceptione pacti. quod ſi nihil poſſideas ex hereditate, fratre totam poſſidente: poteris agere actione ex ſtipulatu; ſi interpoſita ſtipulatio eſt. quod ſi nulla intervenit; eſt nudum pactum: ex quo non datur nova actio. ſi tamen velis vetere uti actione: licebit. & ſi tibi agenti frater opponet pacti exceptionem: potes eam infirmare replicatione doli mali: niſi paratus ſit frater, ea quæ placita ſunt, adimplere. quod non ſit æquum, ab alio fidem exigere eum qui ipſe alii non præſtat fidem.

Sed tranſactio non tantum fit pacto nudo, ſed etiam non nudo: ut ſi ei ſubſit datio aut factum. finge, pecuniam datam, ut a lite deſiſtatur; aut eſſe a lite deſtitum, ut pecunia detur. utroque in caſu ſubeſt conventioni cauſa. igitur fit contractus innominatus ex quo naſcitur actio præſcriptis verbis. id oſtendit *l.* 33. *C. de tranſactionibus.* verba. *Si pro fundo quem petebas, prædium cer-*

tis finibus liberum dari tranſactionis cauſa placuit, nec eo tempore minor annis viginti quinque fuiſti, licet hoc prædium obligatum poſt, vel alienum pro parte fuerit probatum: inſtaurari deciſam litem probibent jura. Ex ſtipulatione ſane, ſi placita ſervari, ſecuta eſt: vel, ſi non interceſſerit, præſcriptis verbis actione civili ſubdita, apud Rectorem provinciæ agere potes. ſi tamen res ipſas apud te conſtitutas, ob quarum quæſtionem litis interceſſit deciſio, fiſcus vel alius a te vindicavit: nihil petere potes. Thema eſt. Tu a me petiiſti fundum, quod diceres, tuum eſſe. deinde a lite receſſiſti ea lege: ut ego retento fundo eo, tibi darem fundum alium certis finibus liberum. dedi tibi fundum: non tamen liberum, ſed alteri obligatum, vel pro parte alienum. is fundus evictus eſt. quæritur, an poſſit a te inſtaurari lis deciſa, id eſt, tranſacta? quærendi cauſa eſt: quod non feci quod me facere oportuit lege tranſactionis? ajunt Imperatores, jura prohibere, a te inſtaurari deciſam litem. puto, quod ubi fundum a me accepiſti; ea lege, ut eum quem a me petiiſti, retinerem: non jam potes te hujus dominum dicere. quia enim paſſus es, tuum quaſi meum apud me manere ex cauſa tranſactionis: apparet, te deſiiſſe ejus dominum eſſe: me autem eſſe dominum factum, velut traditione brevis manus. deſiiſti igitur habere fundi vindicationem, ex quo deſiiſti fundi dominus eſſe: ita (ut ajunt Imperatores) inſtaurari deciſam litem, jura prohibent. Expoſita eſt una legis quæſtio. ſuccedit altera: quæ tibi adverſus me danda ſit actio? & ajunt Imperatores, eſſe actionem ex ſtipulatu: ſi placita ſervari, ſtipulatio ſequuta eſt. quid, ſi nulla interceſſerit? ajunt, poſſe te agere civili præſcriptis verbis actione. recte: non enim eſt nuda pactio: ne quis dicat, ex pacto non naſci actionem: ſed eſt civile negotium: licet enim mihi palam non dediſti fundum; tamen paſſus es, eum apud me manere ex cauſa tranſactionis: igitur videris eum dediſſe, atque ea lege: ut tibi darem alium fundum certis finibus liberum. proinde ſi dedi tibi fundum, ſed alteri obligatum, vel ex parte alienum: eo evicto, competit tibi adverſus me actio præſcriptis verbi, quaſi ex incerto atque innominato contractu. Sic in priore parte *d. l.* 33. Non æque in poſteriore. nam ibi proponitur idem fundus quo de lis fuit, a reo per tranſactionem actori eſſe reſtitutus; eique poſtea eſſe vel a fiſco vel ab alio domino evictus. quæritur, an actori æque hic atque in priore caſu propter evictionem detur regreſſus adverſus reum cum quo tranſegit? ſed negant Imperatores. nempe, quia priore caſu reus actori pro ejus fundo promiſit alium dare fundum liberum: ac ſi ei dedit quidem fundum, ſed non liberum, & hic propterea evictus eſt a fiſco vel alio domino: recte tenetur de evictione reus: quia fecit contra tranſactionem. poſteriore caſu reus in tranſactione non promiſit actori dare fundum liberum: ſed promiſit ei reſtituere fundum de quo controverſia eſt. cum igitur ſi reſtituit, ſatisfacit placito tranſactionis, neque de evictione tenetur, quia reſtitutionis nomine tantum comprehenditur: ut fundus eo reſtituatur jure quo apud adverſarium fuit, vel futurus eſſet, ſi ab eo poſſeſſus non fuiſſe *l.* 75. *D. de verborum ſignificatione.*

Superiori loco ſubjiciam interpretationem *l.* 6. *C. de tranſactionibus:* eſt enim ejuſdem coloris. verba hæc ſunt. *Cum mota inofficioſi querela matrem veſtram cum diverſa parte tranſegiſſe, ita, ut partem bonorum ſuſciperet, & a lite diſcederet, proponatis: inſtaurari quidem ſemel omiſſam querelam per vos, qui matri heredes extitiſtis, juris ratio non finit: verum ſi fides placitis præſtita non eſt: in id quod intereſt, diverſam partem recte convenietis. aut enim ſtipulatio conventioni ſubdita eſt, & ex ſtipulatu actio competit: aut ſi omiſſa verbornm obligatio eſt: utilis actio, quæ præſcriptis verbis rem geſtam demonſtrat, danda eſt.* Thema eſt. Teſtator matrem ſuam exheredavit: alio ſcripto herede. mater mortuo filio teſtatore, & adita ab herede ſcripto hereditate, egit querela inofficioſi teſtamenti. qua mota, heres ſcriptus cum defuncti matre tranſegit: hac lege, ut mater, ſuſcepta parte bonorum, a lite diſcederet. deinde moritur mater, relictis liberis ſuperſtitibus heredibus. heres ſcriptus defunctus matri, ejuſve heredibus, non ſolvit partem bonorum ei promiſſam ex cauſa tranſactionis. rogat Imp. Alexandrum Pomponius heredum nomine per libellum: an per ipſum cæteroſque heredes matris inſtaurari poſſit querela, ab ea omiſſa: & ſi non poſſit, quæ illis danda ſit actio adverſus heredem ſcriptum. quod ad prius attinet: reſcribit Alexander. Juris ratio, Pomponi, non ſinit, per vos qui matri heredes exſtitiſtis, querelam ſemel omiſſam inſtaurari. veriſſime: ob tranſactionem matris, & inſecutam ejus mortem: qua exſtinguitur querela ante non præparata. Atqui Ulpianus *l.* 27. *D. de inofficioſo teſtamento* ſic ſcribit. *Si inſtituta de inofficioſo teſtamento accnſatione, de lite pacto tranſactum eſt, nec fides ab herede tranſactioni præſtatur: inofficioſi cauſam integram eſſe placuit.* Eſt tamen differentia inter utrumque locum. agit enim Ulpianus de ipſo exheredato: at Imperator de heredibus exheredatæ matris. videtur autem exheredato querela competere poſt tranſactionem: quia hac Jure Civili non exſtinguitur. igitur licet exheredato, ſi adverſarius ei non præſtat fidem, ad querelam redire, etiam poſt tranſactionem. nam ſi ei objicietur exceptio pacti conventi: poterit hanc elidere replicatione doli mali vel in factum. ſic in ipſo exheredato. At in heredibus exheredatæ matris aliud eſt: querela exſtincta per mortem exhe-

heredatæ matris quæ eam non præparavit, imo eam remiſit, & in ea remiſſione perſeveravit. non igitur poſſunt ejus heredes inſtaurare querelam a deſuncta matre omiſſam: quia etſi mater eam habuerit, tamen ad heredes ſuos eam non tranſmiſit. at enim mater præparavit querelam quam moviſſe dicitur *d. l. 6.* quid ni igitur ad heredes ſuos eam tranſmiſerit *l. 6. §. ult. l. 7. D. eod. tit.* at id tum verum eſt: ſi eam inſtituerit, & in ea perſeveraverit. cæterum, ſi mutata voluntate deceſſerit, heredibus non datur. non enim ſufficit ei, litem inſtituere; ſi non in ea perſeveret *l. 15. §. 1. D. eod. tit.* non poteſt igitur lis deciſa ab heredibus matris inſtaurari. Altera quæſtio eſt, quæ eis danda ſit actio adverſus heredem ſcriptum? eam quæſtionem ſic definit Imperator. ſi non eſt fides placitis præſtita: dabitur eis actio in id quod intereſt. ea vero actio, ſi ſtipulatio intervenit, eſt ex ſtipulatu: alioquin actio utilis quæ præſcriptis verbis rem demonſtrat. recte: licet enim nulla interceſſit ſtipulatio: non eſt tamen quod vertitur, nudum pactum; ut quis dicere poſſit, ex eo non naſci actionem: ſed proponitur defuncti mater a querela deſtitiſſe, id eſt, feciſſe aliquid: ea lege, ut ei heres ſcriptus daret bonorum partem. eſt igitur civile negotium ex quo naſcitur civilis actio præſcriptis verbis.

Solet etiam in tranſactione interponi Aquiliana ſtipulatio *l. 2. D. de tranſactionibus:* eaque prior obligatio transferri in verborum obligationem. quam ſi ſequatur acceptilatio, ut factum in *l. 4. l. 5. D. item l. 4. C. eod. tit.* jam eſt hic effectus, ut priorem actionem novet Aquiliana ſtipulatio, atque ipſa rurſus acceptilatione tollatur. ſic igitur liberatur reus ipſo jure *d. l. 4. & d. l. 32.* actori vero datur incerta actio præſcriptis verbis: deſtitit enim a lite; id eſt, fecit, ut reus contra daret. eſt igitur ſynallagma: ex quo competit actio præſcriptis verbis: niſi rei dolus arguatur. quo caſu poſſit, dubitationis tollendæ cauſa, de dolo actio locum habere: uti ſupra dixi ſuo loco; & poteſt accipi *d. l. 4.* quid, ſi actor ſit ad transigendum inductus dolo malo; neque acceptilatione ſublata ſit vetus actio? poterit hac experiri actor: ac ſi ei objicatur pacti exceptio, eam elidere replicatione doli mali, neque adeo neceſſaria erit de dolo actio *l. 16. C. eod. tit.*

Vix opus eſt, admoneri: quod tranſactioni aliquando ſubjicitur ſtipulatio ſimplex. id enim ex ſuperioribus intelligitur; nec minus, quod tum ſtipulatori adverſus promiſſorem competit ex ſtipulatu actio ad id quod intereſt *l. 21. C. de pactis. l. 33. C. de tranſactionibus.*

Potius dicam, quod tranſactioni etiam additur interdum pœnalis ſtipulatio; idque longe utiliſſimum eſſe, Paulus obſervat *l. 15. D. eod. tit.* nempe, quia æſtimatio ejus quod intereſt magis in facto, quam in jure conſiſtit *l. 24. D. de regulis juris*; eoque difficilis eſt plerumque probatio, quanti cujuſque interſit *l. ult. D. de prætoriis ſtipulationibus:* cum autem pœnam ſtipulatur quis, non tam inſpicitur, quid interſit ejus, quam quæ ſit quantitas in conditione ſtipulationis §. 19. *Inſt. de inutilibus ſtipulatiouibus.* ita ſubjecta pœnæ ſtipulatione, licebit ſtipulatori iterum convento adverſus fidem tranſactionis, & pœnam petere, & exceptione pacti conventi uti: non indiſtincte: ſed ſi actum ſit; ut pœna exigi poſſit, rato manente pacto *l. 16. D. de tranſactionibus. & l. 17. C. eod. tit.* ſi id non ſit actum: non idem dicendum eſt; ſed aut pœnam habiturum, aut exceptionem *l. 10. §. 1. D. & l. 14. C. de pactis, & d. l. 17.*

Poſtquam dixi de pœnali ſtipulatione, deque Aquiliana, item de acceptilatione, in tranſactione adhiberi ſolita; opportune ſe offert *l. 40. C. de tranſactionibus:* eſt enim difficilis, & digna quæ explicetur. verba hæc ſunt. *Ubi pactum vel trauſactio ſcripta eſt, atque Aquilianæ ſtipulationis & acceptilationis vinculis firmitas juris innexa eſt: aut ſubſecutis ſecundum leges accommodandus eſt conſenſus; aut pœna una cum bis quæ data probantur, ante cognitionem cauſæ (ſi adverſarius boc maluerit) inferenda eſt.* In initio hujus loci notandus eſt uſus voculæ, *vel*, nihil diſtinguentis. eſt enim in eo ſermo de tranſactione; non de pacto donationis cauſa. atque ita ea vox frequenter ſumitur ab Hiſtoriæ Auguſtæ ſcriptoribus: ut ad eam aliquoties annotavit Salmaſius. Sumitur quoque eo modo in *l. 41. C. eod. tit. l. 7. §. ult. D. Ad legem Juliam majeſtatis*, & alibi. Nec illud omittam, quod in fine hujus loci dicitur *inferenda pœna:* ſicut in *l. 3. C. de re judicata* dicitur *inferri quantitas:* & in *l. ult. D. Qui potiores in pignoris* dicitur, *intulit partem debiti.* Hæc obiter. Species talis eſt. Titius cum Sempronio convenit pacto ſcripto, id eſt, tranſactione in ſcripturam redacta: ut Sempronius a lite quam intendit, accepta parte diſcedat: & ſi iterum agat; ſtipulatur Titius, data reſtitui, & præterea pœnam ſibi dari. Sempronius porro reliquum obligationis, quod non accepit, Aquiliana ſtipulatione transfert in obligationem verborum; & mox Titium ab ea liberat per acceptilationem. hiſce peractis, denuo agere vult Sempronius. An poſſit, quæritur? & certum eſt, non poſſe, invito Titio. utique, ſi ante litem conteſtatam Sempronius Titio non inferat promiſſam pœnam una cum his quæ data ſunt. ſed quid, ſi paratus ſit, ea inferre? adhuc idem dicendum eſt: Titio volente, ſtare tranſactionem. alioquin poterit Sempronius, Titio concedente, cauſam agere ex integro; velut ſi nulla interveniſſet tranſactio. id indigitant hæc Imperatorum verba. *Aut ſubſecutis ſecundum leges accommodandus eſt conſenſus,*

Digitized by Google

ſus, *aut pœna una cum his quæ data probantur, ante cauſæ cognitionem* (*ſi adverſarius hoc maluerit*) *inferenda eſt.* Sic editur paſſim, *ſecundum leges.* nec damno: nam ſecundum leges ſonat, ſecundum Edictum. eſt tamen, ubi legitur, *ſecundum legem.* tum vero erit ſenſus, Sempronium debere, ſecundum legem tranſactionis, abſtinere a lite: aut ſi velit agere, oportere eum ante cauſæ cognitionem, id eſt, ante litem conteſtatam, pœnam quam promiſit, inferre una cum his quæ accepit tranſactionis cauſa: dum tamen adverſarius hoc quoque malit, quam ſtare tranſactionem. At hoc incidit in difficultatem. quomodo enim aget Sempronius: actione per acceptilationem exſtincta *l.* 15. *C. eod. tit. l. ult. C. de acceptilatione?* Videamus tamen, cum ſolius interſit Titii, ſublatam intelligi actionem: ne Titius, ſi velit, utatur ſuo jure: ſi nolit, non utatur. id facile admittitur, tranſactione facta ſine acceptilatione *l.* 14. *C. de tranſactionibus:* quia tum extat actio: & ſi exceptione attingetur, ſervabitur replicatione doli mali. idem putemus, tranſactione facta per acceptilationem; ſi patiatur Titius, ex integro agi cauſam; quippe cum exſtinctam intelligi actionem priſtinam, nullius interſit, niſi Titii. poſſit hoc æquitas ſuadere: ut ut jure deſtituamur. nunc permittunt inſuper Principes, negligi Juris formam ſolemnem quidem, at ſupervacuam, ob litigantium conſenſum: quod & in *l.* 2. *C. de pactis* obſervavi ſupra cap. 11. Etſi nec intercedam: ſi quis exiſtimet: in propoſito ne ſublatam quidem eſſe priſtinam actionem: propter adjectam acceptilationi pœnæ ſtipulationem: cui ſemper inſit conditio, Ni fiat: ita poſſit ea videri, actori tacite dare jus abeundi a tranſactione: modo inferat pœnam una cum his quæ data ſint; nec hoc recuſet reus. id ſi placet: non eſt hic per acceptilationem pure ſublata actio: ſed ſub conditione quæ non extitit. aliquis dicat, acceptilationem eſſe actum legitimum, non ſolitum fieri ſub conditione *l.* 4. *D. de acceptilatione.* ſed id verum eſt, expreſſa conditione. cæterum tacite eam apponi acceptilationi, nihil vetat *l.* 12. *D. eod. tit.* nam expreſſa nocent, non expreſſa non nocent *l.* 77. *D. de regulis juris.*

Poſtremo adjicitur tranſactioni jusjurandum. id vero ſi præſtiterit major annis viginti quinque libero arbitrio & voluntate, nullo cogentis imperio; iſque fidem fallat interpellando Judicem, aut ſupplicando Principi, aut non implendo promiſſa: placuit Impp. Arcadio & Honorio *l.* 41. *C. de tranſactionibus* ejus temeritatem compluribus coërcere pœnis. primum juſſit, eum infamem eſſe: deinde privari ſua actione: tum teneri ad pœnam pactis probabiliter inſertam: poſtremo carere earum rerum proprietate atque emolumento quod ex eo pacto vel tranſactione fuerit conſecutus: eaque omnia deputari commodo eorum qui intemerata pacti jura ſervaverint. id in primis; ſi juratum ſit, invocato Dei Omnipotentis nomine. amplius, ſi ſit juratum per ſalutem Principis. fuerunt enim duo illa jurisjurandi genera eo tempore uſitata Chriſtianis: licet non jurarent per genium Principis, ut faciebant Gentiles. quod commode annotavit Hugo Grotius, V. Cl. *lib.* 2. *De jure belli & pacis c.* 13. §. 11.

CAPUT XV.

Prætorem hoc Edicto non ſervare pacta injuſta: qualia ſunt dolo malo facta.

Huc uſque oſtendi, Prætorem per exceptionem ſervare pacta conventa, ſed nuda atque ad tollendam litem comparata. Deinceps addam: quod nec iſta ſervat; niſi ſint juſta *l.* 40. §. 1. *l.* 52. §. 2. *D. de pactis:* hoc eſt, (ut breviter atque Edicto convenienter ait Juſtinianus *l.* 29. *C. eod. tit*) neque contra leges, neque dolo malo inita, Fuiſſe quoque olim in Edicto, NEC VI, ex Cicerone *lib.* 3. *De officiis c.* 24. obſervavit D. Cujacius; atque eſſe detractam *vis* mentionem: quia etiam dolo fit quod vi fit.

Primum recuſat Prætor, ſervare pacta *dolo malo* facta *l.* 7. §. 7. *D. eod. tit.* Dolum autem malum hoc modo definit Ulpianus *d. l.* 7. §. 9. *Dolus malus fit calliditate & fallacia: & ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quoties circumſcribendi alterius cauſa aliud agitur, & aliud agi ſimulatur.* Idem tamen, quod mireris, Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. de dolo malo* ſic ſcribit. *Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quandam alterius decipiendi cauſa, cum aliud ſimulatur, & aliud agitur. Labeo autem poſſe & ſine ſimulatione id agi, ut quis circumveniatur, poſſe & ſine dolo malo aliud agi & aliud ſimulari: ſicuti faciunt qui per ejuſmodi diſſimulationem deſerviunt & tuentur vel ſua vel aliena. itaque ipſe ſic definit, dolum malum eſſe omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum, alterum adhibitam. Labeonis definitio vera eſt.* Sed non eſt periculum; ne ſibi contradicat Ulpianus: etſi videtur doctiſſimis Interpretibus. fuit enim una atque eadem de dolo malo ſententia cum Ulpiani, tum cæterorum Veterum: idque oſtenderem lubens: niſi ex profeſſo feciſſem libro ſingulari *De forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admiſſi apud Veteres c.* 2: quem conſulant quibus tanti erit noſtra diligentia.

Non igitur ſervat Prætor pacta dolo malo facta. pone: quod eſt exemplum *l.* 9. §. 2. *D. de tranſactionibus:* heres cum coherede tranſegit;

Digitized by Google

egit; cum ignoraret univerſa quæ in vero erant; nec tamen ſimpliciter, ſed per fallaciam coheredis, plurima, ut videtur, ex hereditate ante amoventis aut celantis. deinde facto tranſactionis inſtrumento: apparent ſurrepta aut celata. an ſervanda eſt tranſactio? abſit. atqui Prætor ait, Pacta conventa ſervabo. ſit ita; cum eſt pactum conventum: ſed, ut Ulpianus ait, in propoſito heres non tam pactus, quam deceptus videtur. Prætor autem non ſervat pacta dolo malo facta. Sic: ſi nulla intervenit ſtipulatio Aquiliana, neque acceptilatio. tum enim adhuc extat actio poſt transactionem. & ſi objiciatur exceptio pacti conventi: poteſt ea elidi replicatione doli mali. ſed quid, ſi ſit tranſactio facta per ſtipulationem Aquilianam, eamque ſecuta ſit acceptilatio? jam non idem dici poteſt: quia facta novatione per Aquilianam ſtipulationem, & ſecuta mox acceptilatione, extincta ipſo jure eſt actio; nec poteſt deinde exceptioni aut replicationi eſſe locus. una igitur reſtat actio de dolo intra conceſſa tempora: niſi etiam ſpecialiter de dolo pactum conventum ſit *l.4. l.19. C. de tranſactionibus*.

Improbat igitur Prætor pacta conventa dolo malo facta. an & fraudandi cauſa facta? ſed nihil Prætor adjicit. verum Ulpianus *l.7. §. 10. D. de pactis* ait, eleganter obſervaſſe Labeonem, hoc aut inique aut ſupervacuo quæri. nempe fraus eſt damnum vel adverſarii conſilio, vel rei eventu illatum. priore caſu ſupervacua eſt quæſtio, an Prætor ſervet pactum: quia eſt dolo malo factum; atque, ut Ulpianus ait, dolo & fraus ineſt: id eſt, fraus eſt eadem dolo; ut alibi explico. eo modo Auguſtinus, *Expoſit. in Euangel. Joann. tract. 7. c. 1. tom. 9. pag. 29. col. 1. in fin. Dolus fraus eſt, ſimulatio eſt.* poſteriore caſu inique quæritur, an oporteat ſervari pactum: quia non adverſarii conſilium & mala fides fraudi cauſam præbet: ſed rei eventus. nec patitur ratio; ut creditori detur regreſſus ad actionem quam volens remiſit, nullo circumventus debitoris dolo malo. ſervat igitur Prætor pactum bona fide factum, etſi alteri paciſcentium ſit fraudi; id eſt, damno: quia nil eſt quod accuſet alterius induſtriam, ſed ſuam imprudentiam.

Sic: ſi pactum ab initio ſit dolo malo factum. quid, ſi poſt aliquid factum ſit dolo malo? ait Ulpianus *d. l. 7. §. 11*, nocere exceptionem. quo jure? ait, propter hæc Edicti verba, *Neque fiat.* Antonius Muretus, V. Cl. *lib. ſing. Obſerv. jur. c.* 10. exiſtimat, in his verbis Sigla quibus ſingulæ voces ſignificabantur, in unam vocem coaluiſſe, & antiquitus ſcriptum fuiſſe. N. Q. F. C. E. F. id eſt, *Neque quo fraus cui eorum fiat.* Forſan non male: ſed nulla neceſſitate. utcumque erit: ait Ulpianus, nocere exceptionem. putant autem Græci, *Baſilic. lib.* xi. *tit.* 1, exceptionem ab eo dici pro replicatione. quomodo ſonat exceptio in *l. 9. §. 4. D. de jurejurando*, & quibuſdam aliis locis, jam ad *d. §. 11. l. 7.* annotatis a Jacobo Cujacio, V. Cl. etſi poſſit quoque exceptio ſumi pro pactione, ut ſæpe; & nocere pro non prodeſſe: ſicut alibi uſurpari hoc verbum, obſervat idem Cujacius *lib. 5. Obſerv. c. 39.* & Petrus Faber *lib. 2. Semeſtrium cap. 51. pag. 315.* ita fuerit ſenſus, non proderit pactio. primum igitur non ſervat Prætor pacta conventa dolo malo facta.

Caput XVI.

Non ſervari a Prætore pacta adverſus leges, aut in frandem legum facta. quid ſit adverſus legem facere; & quid facere in fraudem legis. Prætoris Edictum ſic eſſe acceptum, quaſi adverſus leges paciſcatur qui paciſcitur adverſus publicam utilitatem; & qui paciſcitur adverſus privatam utilitatem, adverſus leges non paciſcatur. pactum de delictis privatis, cum civiliter agitur, valere ante commiſſis delictis: alioquin non valere. crimina publica aut privata numquam recipere pactionem. nec referre, utrum ea pactio fiat poſt admiſſa crimina, an ante. quin tranſactionem de his factam, videri corruptionem, etiam concuſſionem, & falſum, nec citra pœnam eſſe. reo tamen, ſi tranſegerit de capitali crimine, ignoſci Principum humanitate.

Deinde ait, non ſervaturum ſe pacta conventa, *quæ adverſus Leges, Plebiſcita, Senatuſconſulta, Edicta Principum neque quo fraus, cui eorum fiat, facta erunt.* Sic Florentiæ edit Taurellius. in aliis libris eſt, *Edicta, Decreta Principum.* Multo rectius. nam & in *l. 1. §. 8. D. de poſtulando* ſic ait Prætor, *Qui Lege, Plebiſcito, Senatuſconſulto, Edicto, Decreto Principum.* Eſt autem in hac Edicti parte duplex dubitatio: una, quid ſit facere adverſus Leges, Plebiſcita, Senatuſconſulta, Edicta, Decreta Principum, aut in eorum fraudem: altera, quæ & quanta pars Juris illis verbis comprehendatur. quod ad priorem attinet: non eſt dubium, quin contra legem faciat qui facit quod lex prohibet palam vel tacite. nam legis appellatione venit non ſolum quod legis verbis, ſed

etiam quod ejus ſententia continetur *l.* 6. §. 1. *D. de verborum ſignificatione.* quamquam ſubtiliter diſtinguentibus: facit contra legem qui facit quod legis verbis prohibetur: in fraudem vero facit qui ſalvis legis verbis, ejus ſententiam circumvenit *l.* 29. *D. de legibus.* fraus enim (ut Ulpianus ait *l.* 30. *D. eod. tit.* quæ eſt ex libro IV. Ad Edictum quo hujus Edicti verba interpretatus eſt Ulpianus) legi fit: ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: & quod diſtat ῥητὸν καὶ διανοίας, id eſt, dictum a ſententia, hoc diſtat fraus ab eo quod contra legem fit. Utcumque erit: non ſervat prætor pacta adverſus leges aut in fraudem legum facta. & eſt exemplum: ſi paciſcaris, ut fiat quod lex prohibet palam vel tacite. quid, ſi lex non prohibeat: ſed permittat, & interim fiat pactum: ne jus ſit quod lex permittit? non fit pactum adverſus legem. non enim lex cui permittit facere, ei imponit faciendi neceſſitatem. tantum patitur, volentem facere: nolentem facere, non cogit. ita fit: ut Prætor non improbet pacta adverſus leges, præter prohibentes, facta. Qualia ſunt pacta adverſus leges facta de re publica: cæterum pacta adverſus leges de privata re facta, improbare minime. ſcilicet eſt Prætoris officium, exequi leges communis omnium libertatis ſtudioſas: ideoque ſinentes, ſuis beneficiis uti qui velint: non cogentes uti qui nolint. Hoc ſenſu Quintilianus, *Declam.* VII, *Omnium*, inquit, *beneficiorum iſta natura eſt, ut non ſit neceſſitas, ſed poteſtas. quidquid in honorem alicujus inventum eſt, deſinet privilegium vocari poſſe, ſi cogas. cuncta, ſi videtur, jura percurrite, nuſquam adeo pro nobis ſollicita lex, ut quod præſtat, extorqueat. injuriarum, cædis, agere permiſit, ſed non cogit invitos. adeo pene levius eſt, ultionem perire, quam poteſtatem. genus ſervitutis eſt coacta libertas, & eadem iniquitas, quidquid de invito homine facias.* Improbat igitur Prætor pacta contra leges facta, ſi ad publicam læſionem ſpectent: non æque, ſi ad privatam. & eſt exemplum in pacto de injuria; ſi facta ſit; ex eaque civiliter & privato jure agatur ex lege Duodecim Tabularum. non enim jubet ea, invitum agere: ſed volentem agere ſinit agere. imo, ut Feſtus refert, verbo *Talionis*, ea Lex ſic dixit. *Si membrum rupſerit, ni cum eo pacit, talio eſto.* permittit igitur de injuria, poſtquam facta eſt, pactum fieri. idem dici poteſt de furto jam admiſſo: nam de eo quoque eadem lex paciſci permittit *l.* 7. §. 14. *D. de pactis:* eo quod ſufficit, timeri pœnas, nondum factis delictis: nempe, ne civilis conjunctio interpelletur: at his factis, nil intereſt reipublicæ, furti, aut injuriarum agi ex Duodecim Tabulis, ſi quis nolit agere. primum non poteſt infectum fieri delictum jam admiſſum. deinde intereſt reipublicæ, eum cui competat hæc aut illa actio, ei renunciare atque a privato jure, ſimul a lite atque ultione deſiſtere. ſic enim civilis procuratur ſocietas quam lex intendebat propoſitis pœnis. valet igitur pactum de furto, & de injuria: quia non eſt adverſus rem publicam, ſed adverſus privatam. qua qui vult uti, poteſt: qui non vult, non cogitur. ſic, ſi pactum fiat poſt commiſſum delictum. quid, ſi ante fiat pactum, Ne agam furti, aut injuriarum, ſi deinde feceris furtum, aut injuriam? non valet pactum: quia habet cauſam turpem. fit enim adverſus legem quæ vetat furtum aut injuriam admitti. fit etiam adverſus publicam utilitatem tollens pœnæ metum; cum expediat reipublicæ, timeri legum pœnas *l.* 27. §. 4. *D. de pactis:* ſiquidem

Oderunt peccare mali formidine pœnæ.

Eſt in *l.* 7. §. 13. *D. eod. tit.* ſimilis inſpectio circa pactum, ne judicati agatur, vel incenſarum ædium, ante facto incendio. movet; quod alterum eſt convellendæ rei judicatæ; alterum remittendæ diſciplinæ; utrumque eſt adverſus Duodecim Tabulas: quibus poſitas eſſe eas actiones, facile intelligitur ex Inſcriptione *l.* 9. *D. de incendio, ruina, naufragio, & l.* 4. *l.* 5. *& l.* 7. *D. de re judicata.* Sed videamus, ne utrumque pactum ſit de re privata, neutrum de re publica. quare verius eſt, utrumque valere: non quaſi pactum adverſus leges ſervetur: ſed quaſi ei cui conceſſæ ſint hæ actiones, integrum ſit eis uti, vel eas repudiare, lege non refragante. Idem quæſitum eſt *d. l.* 7. §. 14. ſi paciſcar, ne operis novi nunciationem exequar. quærendi cauſa; quod Prætoris imperium verſatur. nam poſt operis novi nunciationem committunt ſe litigatores Prætoriæ juriſdictioni *l.* 1. §. 9. *D. de novi operis nunciatione:* ac ſi de ea pactum fiat; poſſit periculum eſſe, ne privatorum pactio juſſui Prætoris antepoſita videatur. ſi tamen privata res erit; valebit pactum: niſi aliud aget Prætor, cum decernet, quam ut litem dirimat: at pacto finita eſt. igitur ne improbet Prætor factum; quod niſi eſſet, ipſe facturus eſſet *l.* 1. §. 10. *D. de novi operis nunciatione.* Similis quæſtio eſt, an valeat pactum contra Edictum Ædilium? & apparet, valere: quia id Edictum emptoris ignorantiæ ſuccurrit; ad rem publicam non pertinet. licet igitur emptori paciſci contra Edictum Ædilium: maxime poſt contractam venditionem. imo, ſi id pactum fiat in ipſo negotio venditionis gerendo, idem putat Ulpianus *l.* 31. *D. de pactis:* modo ſi ignoret venditor morbum aut vitium. nam ſi ſcivit, & conſulto reticuit, & pactus eſt, ne teneatur ex Ædilitio Edicto; non ſervabit Prætor pactum. quin, ut idem Ulpianus ait *l.* 14. §. 9. *D. de Ædilitio Edicto*, danda erit de dolo malo replicatio: quia eſt venditoris dolus quem non probat Prætor. ſic; ſi reticuit venditor morbum aut vitium. at ſi id palam pronuntiavit, & de eo nominatim excepit, hoc eſt, nominatim pactus eſt, licet contra Edictum: tamen ſtandum eſt eo quod convenit.

nem-

Digitized by Google

nempe, ut emptori fiat Edicti poteſtas, ſed non neceſſitas: denique nil eſt, cur remittenti actiones ſuas ſit regreſſus dandus *d. l.* 14. §. 9. atque hoc Horatius indigitat *lib.* 2. *Epiſt.* 2. his verbis.

Nemo hoc mangonum faceret tibi. non temere a me
Quivis ferret idem. ſemel hic ceſſavit: & ut fit,
In ſcalis latuit metuens pendentis habenæ.
Des nummos, excepta nihil te ſi fuga lædat.
Ille ferat pretium, pœnæ ſecurus opinor.
Prudens emiſti vitioſum: dicta tibi eſt lex.
Inſequeris tamen hunc & lite moraris iniqua.

Idem in pactis cæteris omnibus ad Edictum Prætoris pertinentibus, ſi ad rem familiarem ſpectent, cenſet Ulpianus *l.* 7. §. 14. *D. de pactis.* at ſi non ad hanc reſpiciant, ſed ad publicam læſionem; non idem cenſet. idque Paulus probat *l.* 27. §. 4. *D. eod. tit.* *In ſumma,* inquiens, *ſi pactum conventum a re privata remotum ſit, non eſt ſervandum.* D. Cujacius *lib.* 1. *Obſerv. c.* 24. pro *re privata* legit, *re publica.* Sed retinenda vetus lectio. nam Paulo *res privata* eſt utilitas privata, ſeu propria: ſicut *res publica* eſt utilitas publica. quemadmodum autem nulli licet paciſci adverſus publicam utilitatem: ſic unicuique licet paciſci adverſus privatam *l.* 46. *D. eod. tit.* nemo igitur, auctore Paulo, poteſt paciſci de negotio a re privata remoto: id eſt, de negotio a re propria remoto: ſive de negotio ad privatam ejus utilitatem vel damnum non pertinente. addit Paulus rationem: ea ratio eſt; quod ante omnia animadvertendum eſt, ne conventio in alia re facta, aut cum alia perſona, in alia re, aliave perſona noceat *d. l.* 27. §. 4.

Quod ſi eſt: vix eſt, ut de criminum tranſactione ſollicitemur. nam ſi publica ſint crimina: puto pactum, quandocumque de his fiat, adverſus leges, atque adverſus publicam utilitatem fieri. prohibentur enim publica crimina legibus publicorum judiciorum; ac ſi admittantur, adverſus populum, vel ut alibi dicitur, in omnium injuriam, admitti intelliguntur. quod quid efficit, niſi ut nulli jus ſit, paciſci vel tranſigere de publico crimine: quia nulli licet paciſci vel tranſigere de re publica. Ita in publicis criminibus. idem vel ſimile in privatis; ex quibus agitur criminaliter. nam ut ſic non fiant publica: non tamen jam privata vertitur utilitas; ſed agitur, ut publicæ vigor diſciplinæ delinquentis pœna extra ordinem vindicetur. quod cum ad exemplum ſpectet, id eſt, ad publicam utilitatem: probavi, pactum qualecumque fiat de privatis delictis, ubi criminaliter agitur, numquam valere ex hoc Edicto: quia eo nulli conceditur adverſus leges de publica paciſci utilitate. imo, ſi de his fiat tranſactio aut pactio, corruptio aut concuſſio appellatur: ac non tantum nulla eſt, ſed etiam turpis: tantumque abeſt, ut jure ac legibus juvetur; ut e contrario ad peccatum accedat, nec a pœna vacua ſit. neque jam audio, ſi qui diſtinguant crimina ex quibus ſequatur pœna mortis naturalis, ab his ex quibus ea non ſequatur. numquam enim ſervatur pactum de crimine ſactum, ne capitali quidem. & eſt inſignis error exiſtimantium, contrarium ſignificari ab Ulpiano *l. ult. D. de prævaricatione*, & Imperatoribus, Diocletiano & Maximiano, *l.* 18. *C. de tranſactionibus.* nam quod ad Ulpianum attinet; is numquam, ne per ſomnium quidem, cogitavir, quod ei adſcribitur. Scio; ait, *In omnibus cauſis, præterquam in ſanguine qui delatorem corrupit, ex Senatuſconſulto pro victo habetur.* Sed his verbis non probat pactum de capitali crimine factum; nec vult, id ſervari certo Civili Jure: tantum (quod miror non animadvertiſſe tot præclara ingenia) indigitat, reum in cauſa ſanguinis, ſi quam cum delatore ſecerit tranſactionem, ob eam non haberi pro victo; id eſt, non puniri: ut puniuntur qui in aliis fiſci quæſtionibus delatorem corrumpunt; ſive pecunia data cum delatore paciſcuntur, ne accuſet. id eo verius cenſeo, quod idem Ulpianus *l.* 29. *D. de jure fiſci* ſimili modo, *Ejus*, inquit, *qui delatorem corrupit, ea conditio eſt, ut pro victo habeatur: nam in fiſcalibus cauſis id conſtitutum eſt.* Et tamen in *l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante ſententiam* ſcribit, *In capitalibus criminibus a Principibus decretum eſſe, non nocere ei qui adverſarium corrupit: ſed in his demum quæ pœnam mortis continent. nam ignoſcendum cenſuiſſe ei, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluit.* Nec alia eſt ſententia Impp. Diocletiani & Maximiani in *d. l.* 18. ad Libellum cujuſdam Valentis, hominis privati, reſcribentium in hæc verba. *Tranſigere vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt: in aliis autem publicis criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem.* Sic enim accipiendum eſt Reſcriptum, quaſi Valenti de more conſulenti, quæ tranſactio de criminibus publicis facta, evitet falſi accuſationem, aut ſub ea relinquatur, hoc reſpondeatur modo. Poſtquam, Valens, viſum Principibus, reo non nocere tranſactionem, corrupto in capitalibus criminibus adverſario: deinde non poteſt ei in his prohibita cenſeri tranſactio; utique, ut ob eam fiat reus falſi: nam etſi tranſactio de his fieri legibus prohibeatur, & facta incidat in falſi crimen: fit tamen Principum humanitate, ut falſi pœna reo ſanguinem ſuum qualiter qualiter redimenti, ignoſcatur. aliter atque in criminibus ſanguinis pœnam non ingerentibus. nam in his non poteſt reus tranſigere, quin falſi crimine teneatur: quia non placuit Principibus, reo in his quæ non continent ſanguinis pœnam, ſive tranſactionis, ſive corruptionis, id eſt, peccati, veniam dare. Quod ſi eſt, ut eſt veriſſimum: prorſus mihi perſuadeo, non ſpectare hoc

Diocletiani & Maximiani Reſcriptum ad Edictum Prætoris de pactis conventis, ut huc uſque ab omnibus creditur: nec a me impetro, ne negligentiæ, & quidem craſſæ ac latæ accuſem Juris noſtri Architectos: qui id collocarunt ſub Titulo Codicis, De tranſactionibus. non enim eſt hujus Tituli finis, tradere ac definire, quando tranſactio adverſus leges facta de criminalibus fiſci quæſtionibus, falſi accuſatione caſtigetur: ſed quæ ſit vis tranſactionis de rebus privatis neque dolo malo, neque adverſus leges factæ. nulla igitur fuit cauſa ponendi hoc Reſcriptum ſub Titulo, De tranſactionibus, ad quem non pertinet: magis oportuit, aliquam ei eligi ſedem libro Codicis nono, ubi de criminibus eorumque pœnis, aut decimo, ubi de Fiſci jure agitur. Verum hoc in præſentiarum obiter & quaſi in tranſcurſu. nam id, & ſi quid præterea pertinet ad illuſtrem hanc quæſtionem infeliciter expoſitam hactenus ab Interpretibus fama ingenii atque eruditionis longe clariſſimis, extricavi, quam potui, diligentiſſime libro ſingulari quem inſcripſi, *Diocletianum & Maximianum, ſive de tranſactione & pactione criminum:* ſimul ibi oſtendi, hæc *d. l.* 18. verba, *Excepto adulterio*, eſſe ſpuria.

CAPUT XVII.

De tranſactione alimentorum ex Oratione D. Marci.

Longum foret, ſi vellem, omnia enarrare pacta conventa quæ fiant adverſus leges, atque adverſus publicam utilitatem: nec tamen præteribo tranſactionem de alimentis ultima voluntate relictis. nam ea, niſi Prætor auctor fiat, tranſactionem admittere, D. Marcus vetuit Oratione in Senatu recitata: cum ea tranſactio ante nulla lege improbaretur: & a Prætore hoc Edicto ſervaretur. Orationis formam Ulpianus *libro quinto De omnibus tribunalibus* exhibet *l.* 8. *D. de tranſactionibus:* quamquam, ob ſecutum mox Ampliſſimi Ordinis Decretum, Senatuſconſulto rem imputat *l.* 23. §. 2. *D. de condictione indebiti.* verba Ulpiani ex *d. l.* 8. hæc ſunt. *Cum hi quibus alimenta relicta erant, facile tranſigerent, contenti modico præſenti; Divus Marcus Oratione in Senatu recitata effecit, Ne aliter alimentorum tranſactio rata eſſet, quam auctore Prætore facta.* Hic tenor Orationis: non tamen omnis. nam præterea juſſit Oratio, Prætorem inquirere de cauſa, de modo, & de perſona tranſigentium: ut idem Ulpianus teſtator *d. l.* 8. §. 8. ſed nec generaliter permiſit de alimentis tranſigi: ſed ſpecialiter de alimentis, de habitatione, de veſtiario: quod ſimiliter annotavit Ulpianus *d. l.* 8. §. 12. Eſt & illud obſervandum, quod alimenta ſolent infirmæ ætati præſtari ex Fiſco, aut ærario, aut arca reipublicæ civitatis. horum alimentorum meminere Hiſtoriæ Auguſtæ ſcriptores multis locis: etiam ſequens Marmor apud Gruterum *pag.* 389. *Inſcr.* 6.

L. CASVRIO. L. F.
CLV. SPECVLATORI
AED. III. VIR. I. D. Q. ARC
PVBL. ET. PEC. ALIMENTAR
DEFENSORI. R. P. CVR. ANN
POPVLO. ⊕ PRAEBITAE

Alexander qnoque *l.* 3. *C. de compenſationibus*, item Paulus *l.* 122. *D. de legatis lib.* 1, & Marcianus *l.* 117. *D. eod. tit.* De his autem alimentis etiam D. Marcum conſtituiſſe, auctor eſt Capitolinus, *in ejus vita c.* 11. verba Capitolini. *De alimentis publicis multa diligenter cavit.* Nec improbabilis eſt ſententia Iſaaci Caſauboni, V. CL. exiſtimantis, Capitolinum ſcripſiſſe, *De alimentis publicis, privatiſque.* Sed nos quod hujus loci eſt, de privatis videbimus.

Ait Oratio, *Cum hi quibus alimenta relicta erant, facile tranſigerent, contenti modico præſenti.* Ratio Orationis juſtiſſima. nempe, ut effectum habeat pia & provida voluntas teſtatoris: relictis alimentis annuis, vel menſtruis, vel diurnis, homini pauperi, vel ſegni, vel prodigo, id agentis, ut egeſtatem removeret ab eo, quem ſciebat perditurum repræſentatam pecuniam, & interceptis alimentis ſibi aliiſque oneri futurum. nam hi quibus alimenta relinquuntur, plerumque tales ſunt, ut ſua non intelligant bona, & ideo utilitatem futurorum alimentorum, maxime diviſorum in penſiones, ſive annuas, ſive menſtruas, ſive diurnas, facile mutent modico præſente. Talem hominem ſuis coloribus pulcherrime depingit Terentianus Chremes, *Heautont.* 5. 2. verbis ſequentibus.

— — — *Quid me accuſas Clitipho?*
Quidquid ego hujus feci, tibi proſpexi, & ſtultitiæ tuæ.
Ubi te vidi animo eſſe omiſſo, & ſuavia in præſentia
Quæ eſſent, prima habere, neque conſulere in longitudinem:
Cepi rationem, ut neque egeres, neque ut hæc poſſes perdere.
Ubi, cui decuit primo, tibi non licuit per te mihi dare,
Abii ad proximos tibi qui erant: eis commiſi & credidi.
Ibi tuæ ſtultitiæ ſemper erit præſidium, Clitipho,
Victus, veſtitus, quo in tectum te recipias.

Ait Oratio, *Ne alimentorum tranſactio aliter rata eſſet, quam auctore Prætore facta.* Solet ergo Prætor intervenire: & inter conſentientes arbitrari, an tranſactio, vel quæ admitti

debeat. nec refert, utrum de alimentis, quaſi de incerto humanæ conditionis, tranſactio fiat: an cum aliqua de iis lis eſſet, magis de lite tranſigatur. non enim diſtinguit Oratio: & poſſet lis fingi; ſub eoque colore Oratio circumveniri: ut citra Prætoris auctoritatem tranſigeretur *d. l.* 8. §. 20.

Sed quid, ſi non tranſactio fiat, ſed pactio donationis cauſa? dubito, an rata habenda ſit pactio. ſervat enim Prætor pacta conventa neque adverſus leges, neque in fraudem legum facta. Oratione autem tranſactio prohibetur: non pactio donationis cauſa. nempe, quia homines facilius tranſigunt invitati modico præſente; quam rem certam donant ſine præſente utilitate. debet porro jus aptari potius ad ea quæ & frequenter & facile fiunt, quam quæ perraro *l.* 3. *& l.* 5. *D. de legibus*. At enim Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 8. *De his*, inquit, *rebus paciſci poſſumus, de quibus tranſigere licet*. Sed circumſpecte accipienda ea Pauli definitio eſt. accedit enim ad verum intra verborum finem retenta. ſi ultra trahatur; a vero amovetur. ita liceat nobis, quod Paulus ait, paciſci de rebus de quibus tranſigere licet. ſed cur non liceat nobis donationis cauſa paciſci de rebus de quibus tranſigere non licet? nil dico temere. ipſe ſic Paulus *d. tit.* 8. §. 4, *De rebus*, inquit, *litigioſis & convenire & tranſigere poſſumus. poſt rem judicatam pactum, niſi donationis cauſa interponatur, ſervari non oportet.*

Prohibet ergo Oratio tranſactionem alimentorum: nec tamen omnium, ſed relictorum in primis. nam ad illa reſpicere Orationem, etſi latius pateant verba, *Ne alimentorum tranſactio aliter rata ſit*, ex appoſita cauſa intelligitur. ea cauſa eſt, *Cum hi quibus alimenta* relicta *erant, facile tranſigerent d. l.* 8. *pr.* relicta porro alimenta ſunt a defuncto data teſtamento vel codicillis *d. l.* 8. §. 2. *l.* 23. §. 2. *D. de condictione indebiti.* ita ſane accipitur hoc verbum *l.* 6. *D. de ceſſione bonorum*, *l.* 117. *D. de legatis lib.* 1. *l.* 122. *D. eod. tit.* & in illo Martialis *lib.* 10. *Epigr.* 47.

Vitam quæ faciunt beatiorem,
Jucundiſſime Martialis, hæc ſunt.
Res non parta labore, ſed relicta.

Si tamen mortis cauſa donatione relicta ſint alimenta: idem dicendum eſt. quia ea donatio demum morte perficitur, & ad inſtar legatorum habetur. idemque eſt, ſi per fideicommiſſum fuerit relicta ab eo cui quid donatum eſt mortis cauſa. (ſic enim conſtruendum, intelligendumque eſt in *d. l.* 8. §. 2. hoc Ulpiani, *vel ab eo cui mortis cauſa donata ſunt relicta*) poteſt enim fideicommiſſum relinqui ab eo cui donatum fuit mortis cauſa. Quid, ſi inter vivos promiſſa ſint alimenta? non ſpectant ad Orationem *d. l.* 8. §. 2: quia non ſunt relicta. denique voluit teſtator, alimentis relictis, conſulere alimentario, ne egeat; & placuit Orationi, tam pium teſtatoris conſilium non eludi per alimentarium nequam, vel imprudentem, & tantum quod ante pedes modo eſt, videntem: quod ſi contractibus inter vivos conſtituta ſint alimenta, & de his fiat tranſactio: corrumpit alimentarius jus, quod non alius ei, ſed ipſe ſibi adquiſivit. nocet igitur ſibi, ſicut prodeſt, non repugnante Oratione.

Cæterum ubi improbat Oratio tranſactionem ſine Prætore factam de alimentis relictis, utrum futura intelligimus, an præterita? Et puto futura *l.* 8. *C. de tranſactionibus:* nam hæc proprie ſunt alimenta: illa etſi dicantur alimenta, proprie non ſunt alimenta. accedit, quod interceptis futuris alimentis, poſſit alimentarius egere; eoque inanis fieri voluntas teſtatoris pia ac provida. quod periculum in præteritis non eſt. Vetat igitur Oratio, ſine Prætore tranſigi de futuris alimentis: id eſt de eſculentis & potulentis, quibus alitur corpus. Nec dubium eſt, quin his aqua contineatur. quamquam hæc inſpectio, ubi

Uſus communis aquarum eſt,

quatenus attinet Orationem qua prohibetur alimentorum tranſactio, vix habet uſum. ſunt enim aquæ ibi munera publica jure gentium. Ulpianus tamen *l.* 1. *D. de alimentis legatis* (quæ eſt propria hujus loci: quippe cum ſit ex ejus *lib.* v. *De omnibus tribunalibus* ex quo eſt *d. l.* 8, qua exponitur Oratio) putat, dici poſſe, alimentis legatis, etiam aquam legato ineſſe: ſi legata fuerit in regione, ubi ſolet venundari: ut in regionibus Africæ & Aegypti *l.* 14. §. 3. *D. eod. tit.* etiam Ravennæ: de qua ita Martialis, *lib.* 3. *Epigr.* 55.

Sit ciſterna mihi, quam vinea, malo Ravenæ:
Cum poſſim longe vendere pluris aquam.

Cæterum, etſi alimenta proprie ſint eſculenta & potulenta: fit tamen humana conditione; ut ſub alimentis habitatio quoque & veſtiarium, & calcearium comprehendatur; quia vix eſt, ut ſine his ali poſſit corpus *l.* 6. *D. de alimentis legatis*. quomodo reſponſum ab Ulpiano & Gajo eſt *l.* 43, *&* 44. *D. de verborum ſignificatione*, Verbo *victus* contineri quæ eſui potuique, cultuique corporis, quæque ad vivendum homini neceſſaria ſunt. veſtem quoque victus habere vicem, & cætera quibus tuendi, curandive corporis noſtri gratia utimur. Atque hæc eſſe alimenta quæ a Scævola *l.* 16. §. 1. *D. de alimentis legatis* dicantur *alimenta commoda*, id eſt, perfecta & omnibus numeris abſoluta, erudite interpretatur V. CL. Janus Rutgerſius *Venuſin. lection. c.* 7. *p.* 268. *& ſeq.*

Convenit igitur providentiæ Orationis, ut nec habitatio, nec veſtiarium, alimentario inconſulta tranſactione intercipiantur *d. l.* 8. §. 1. *&* 14. imo voluit D. Marcus, ea non modo ſub alimentis comprehendi: ſed etiam juſſit, de eis ſpecialiter tranſigi: ac ſi generaliter ſit tranſactum de alimentis, neque de habitatione, neque de veſtiario tranſactum intelligi *d.*

Digitized by Google

l. 8. §. 12. Cætera quæ ad diſciplinam pertinent, legatis alimentis, non continentur legato: niſi aliud teſtatorem ſenſiſſe probetur *d. l.* 6. *&* 7. *D. de alimentis legatis.*

Vult igitur Oratio, ne tranſactio alimentorum fiat ſine Prætore. nec quidquam addit. igitur nihil refert ejus, quomodo relicta ſint alimenta: ſive perpetuo, ſive uſque ad certos annos: & ſive in ſingulos menſes, ſive in ſingulos dies, ſive in ſingulos annos. ſolent enim alimenta ſic temporibus & penſionibus dividi: atque in omnibus his caſibus Oratio locum habet *d. l.* 8. §. 3: modo quid alimentorum cauſa ſit relictum. nam ſi homini honeſtioris loci relicta in annos ſingulos fuerit certa quantitas: poterit tranſactio ſine Prætore fieri. etſi enim alimenta fere ſint onera annua, vel menſtrua, vel diurna *l.* 8. *in f. D. de alimentis legatis*, tamen non omne quod eſt in ſingulos annos aut menſes legatum, alimenti cauſam habet: cum ſæpe honoris cauſa relinquatur veluti ſalarium annuum, vel uſusfructus *d. l.* 8. §. 23. Sit argumentum: quod in Digeſtis eſt alius Titulus *De annuis legatis*; alius *De alimentis vel cibariis*: item, quod cautio, Si cui plus quam per Legem Falcidiam, alimentariis quidem remittitur: ſed non iis quoque quibus legatum fuit in annos ſingulos *l.* 3. §. 4. *D. Si cui plus quam per Legem Falcidiam. l.* 1. §. 16. *D. Ad legem Falcidiam.* Intereſt igitur inter annua legata & annua alimenta legata. de his nemo poteſt tranſigere; qualiſcumque ſit, libertinus, an ingenuus; locuples ſatis, an pauper *d. l.* 8. §. 7: in illis diſtinguimus; utrum ſit honoris cauſa relictum homini honeſtiori quod ſit pro dignitate ejus; an relictum ſit cui inopi miſericordiæ cauſa, quantum ei ſufficiat ad alimenta *l.* 6. *D. de ceſſione bonorum:* altero caſu relictum alimenti vicem habebit: altero legatum videbitur tamquam ſalarium aut uſusfructus *d. l.* 8. §. 23. Sic; ſi diviſa temporibus aut penſionibus ſint alimenta.

Imo inquit Ulpianus *d. l.* 8. §. 4, & ſi integra quantitas alicui fuerit legata, ut ex uſuris ejus ſe alat, & ſortem mortis tempore reſtituat; licet non in annos ſingulos ſit relicta, tamen non ceſſabit Oratio: quia ſufficit, relictam eſſe, ut ſe alat ex uſuris ejus: & Oratio omnibus proſpexit modis quibus ſit periculum, ne fame prematur alimentarius: cui in longitudinem conſultum voluit teſtator.

De eo dubito, an Oratio locuta præſertim ſit de pecunia ad alimenta relicta. & tamen non dubito, ſi cui non nummus fuerit ad alimenta relictus, ſed frumentum, atque oleum, & cætera ad victum neceſſaria: quin velit ratio, ut nec de his tranſigere poſſit, inconſulto Prætore; ſive annua, ſive menſtrua ei relinquantur *d. l.* 8. §. 24.

Idem dicendum eſt, ſi fundum ad alimenta relictum, diſtrahere, aut de eo tranſigere velit alimentarius *d. l.* 8. §. 15: etſi enim de hoc ſilent Orationis verba, tamen ſententia Orationis comprehenditur: ne circumveniatur voluntas teſtatoris, hoc agentis fundo ad alimenta legato; ut alimentarius haberet non tantum fundi fructus, ſed etiam proprietatem *l.* 4. *D. de alimentis legatis.* ita non debebat benignitas datæ proprietatis eſſe in cauſa, ut legatarius eo magis, ſed ut eo minus haberet jus de ea tranſigendi: ne periret pietas teſtatoris ei, quam potuit ampliſſime, de alimentis providentis, etiam conceſſa proprietate.

Æque placuit, ne quacumque alia ratione fiat deterior cauſa alimentorum. finge: fundus teſtamento eſt obligatus in ſecuritatem alimentorum: (quod ſolet fieri *l.* 12. *D. de annuis legatis. l.* 26. *D. de pigneratitia actione)* non poteſt alimentarius efficere, ut is fundus liberetur, niſi interveniente Prætore *d. l.* 8. §. 15: quia hoc agit, ne ſibi certa ſint alimenta quæ teſtator ei pignoris remedio certa eſſe voluit.

Deinde ait Oratio, *Ne tranſactio alimentorum aliter rata eſſet*, *quam* auctore Prætore *facta*. Vult igitur quæri apud Prætorem, an & quæ tranſactio fieri debeat. nec perfunctorie, ſed diligenter, & ut Ulpianus *d. l.* 8. §. 8. ait, de iſtis: in primis de cauſa tranſactionis: dein de modo: tertio de perſona tranſigentium. In cauſa hoc erit requirendum, quæ cauſa ſit tranſigendi: ſine cauſa enim neminem tranſigentem audiet Prætor. Cauſæ fere hujuſmodi ſolent allegari: ſi alibi domicilium heres, alibi alimentarius habeat: aut ſi deſtinet domicilium transferre alter eorum: aut ſi cauſa aliqua urgeat præſentis pecuniæ: aut ſi a pluribus ei alimenta relicta ſint, & minutatim ſingulos convenire ei difficile ſit: aut ſi qua alia cauſa ſuit, ut plures ſolent incidere quæ Prætori ſuadeant, tranſactionem admittere. *d. l.* 8. §. 9. Modus quoque pecuniæ quæ in tranſactionem venit, æſtimandus eſt: utputa quantitas tranſactionis: nam etiam ex modo fides tranſactionis æſtimabitur. modus autem pro ætate ejus qui tranſigit, arbitrandus eſt, & valetudine: nam alias cum puero, alias cum juvene, alias cum ſene tranſigi, palam eſt: conſtat enim, alimenta cum vita finiri *d. l.* 8. §. 10. Sed & perſonarum contemplatio habenda eſt: hoc eſt, cujus vitæ ſint hi quibus alimenta relicta ſunt: utrum frugi vitæ qui alias ſufficere ſibi poſſint, an ſequioris qui de alimentis pendeant. In perſona ejus a quo alimenta relicta ſunt, hæc erunt ſpecienda: in quibus ſunt facultatibus, cujus propoſiti, cujus opinionis: tunc enim apparebit, numquid circumvenire velit eum cum quo tranſigit *d. l.* 8. §. 11.

Vult igitur Oratio, ne alimentorem tranſactio fiat aliter, quam cauſa a Prætore cognita. quid, ſi Prætor aditus, permiſerit tranſigi citra cauſæ cognitionem? nullius momenti

menti

menti erit tranſactio. eſt enim ea res Prætori quærenda commiſſa, non negligenda, nec donanda. ſed & ſi non de omnibus inquiſierit quæ Oratio mandat; hoc eſt, de cauſa, de modo, de perſonis tranſigentium: dicendum eſt, quamvis de quibuſdam quæſierit, irritam eſſe tranſactionem *d. l.* 8. §. 17.

Vult igitur Oratio, alimentorum tranſactionem fieri, Prætore auctore: maxime in Urbe. nam in provincia Præſidis eſt cognitio *d. l.* 8. §. 18: non quod ejus meminit Oratio; ſed quod omnia provincialia deſideria quæ Romæ varios habent Judices, ad officium Præſidum pertinent *l.* 10. *&* 11. *D. de officio Præſidum.* Quod ſi a fiſco petantur alimenta; etiam apud Procuratorem fieri poſſe tranſactionem, Ulpianus ſcribit *d. l.* 8. §. 19. ſecundum quæ & apud Præſectos Ærarii poſſe *d. l.* 8. §. 19.

Ut igitur valeat tranſactio de alimentis, intervenire debet Prætoris notio. ſed utrum ipſius, an & mandatarii? ſed puto, ipſius. nam ut Ulpianus ait *d. l.* 8. §. 18, nec mandare ex hac cauſa juriſdictionem vel Præſes provinciæ vel Prætor poterit. ſcilicet, quia ea Prætori competit non vi imperii aut jure Magiſtratus ſui: ſed ſpeciali D. Marci conceſſione. quæcumque autem ſpecialiter Lege, vel Senatuſconſulto, vel Conſtitutione tribuuntur, mandata juriſdictione non transferuntur *l.* 1. *D. de officio ejus cui.*

Porro ait Oratio, *Ne tranſactio alimentorum aliter rata eſſet, quam auctore Prætore facta.* His verbis continetur effectus tranſactionis alimentorum ſine Prætore factæ. is effectus huc exit, ut perinde habeatur ea tranſactio, ac ſi facta non eſſet. hoc ſenſu ait Ulpianus *l.* 23. §. 2. *D. de condictione indebiti*, eam Senatuſconſulto quo confirmata Oratio eſt, infirmari. adhuc igitur poſſunt alimenta peti, quamvis facta tranſactione: & ſi quid datum ſit, non proficit ad tranſactionem, ſed in præterita alimenta cedit *l.* 7. §. 2. *D. de tranſactionibus.* nec intereſt, utrum tantum ſit in quantitate debita, quantum datum eſt, an plus, vel minus. nam & ſi minus ſit, adhuc quod in ſolutum datum eſt, in præterita alimenta imputabitur. Sane, ſi is qui de alimentis transegit, locupletior ſactus ſit ea ſolutione: æquiſſimum fore, Ulpianus ait, quatenus factus ſit locupletior, in eum dari repetitionem: nec enim debere ex alieno damno eſſe locupletem *d. l.* 8. §. 22, infirmata Senatuſconſulto tranſactione *d. l.* 23. §. 2.

Igitur apparet, tranſactionem de alimentis ſine Prætore factam, etſi olim ſervaretur hoc Edicto; tamen poſtquam D. Marci Oratione rata non habetur, deinde non ſervari; maxime, ſi idcirco facta ſit, ut quis repræſentatam pecuniam conſumat. nam hanc demum tranſactionem Oratio improbat. Sed quid, ſi quis citra Prætoris auctoritatem tranſegerit, ut quod ei per ſingulos annos ſit relictum, per ſingulos menſes conſequatur: aut quid, ſi quod ei ſit relictum per ſingulos menſes, conſequatur per ſingulos dies? quid deinde, ſi quod conſummato anno ut acciperet, initio anni conſequatur? putat Ulpianus, valere eam tranſactionem: quia nihil factum quod Oratio improbet. noluit enim, alimenta per tranſactionem intercipi *d. l.* 8. §. 6: alimentarius autem ea tranſactione ſuam conditionem non fecit deteriorem, ſed meliorem. placet igitur quod Modeſtinus *l.* 25. *D. de legibus* ſcribit, Nullam juris rationem, aut æquitatis benignitatem pati, ut quæ ſalubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipſorum commodum producamus ad ſeveritatem. Non longe hinc abludit ſpecies *d. l.* 8. §. 5.

Caput XVIII.

An poſſit tranſigi de controverſiis ex teſtamento proficiſcentibus, ante non inſpectis, cognitiſve teſtamenti verbis?

Eſt & hæc celebris quæſtio: an poſſit transigi de controverſiis ex teſtamento proficiſcentibus, ante non inſpectis cognitiſve ejus verbis? Negat vetus opinio; atque ea penitus adhuc obſidet cogitationes nobilium Juris Interpretum: propter Gaji verba a Juris Architectis ex ejus libro XVII. Ad Edictum provinciale ad hunc modum poſita in *l.* 6. *D. de transactionibus. De his controverſiis quæ ex teſtamento proficiſcuntur, neque tranſigi, neque exquiri veritas aliter poteſt, quam inſpectis cognitisque verbis teſtamenti.* Sed numquam fuit Gajo mens, quam præferunt ejus verba, & eſſe voluere Juris Architecti. contra licita fuit Gaji tempore transactio de controverſiis ex teſtamento proficiſcentibus, non inſpectis cognitiſve ejus verbis: Veteribus eam rem in medio relinquentibus arbitrio transigentium: eo quod æquitas, etſi non vetet, tranſactioni dari formam, ne fiat ante apertas, & inſpectas teſtamenti tabulas, talem formam Populi Romani legibus aut moribus extorſit numquam. ita non eſt a Juris ratione alienum, litis timorem vel in hac ſpecie partium conſenſu bona fide ſopiri, & ſopitum non reſuſcitari ſub prætextu teſtamenti ante non inſpecti aut cogniti. Atqui poſſit periculum eſſe; ne tranſigens teſtamento, ante non inſpectis aut cognitis ejus verbis, facile capiatur. Tamquam ſit neceſſitas, tranſigere de controverſia ex teſtamento ante non inſpecto. ſed licet unicuique ante, quam tranſigit, ab herede petere, ut ſibi fiat inſpiciendi deſcribendique teſtamenti copia: parato ad hoc interdicto, De tabulis exhibendis, vel Edicto, Quemadmodum teſtamenta aperiantur. eo-

rum

rum igitur altero uti ſi neglexerit, cum poſſet, & interim parte rei ſibi relictæ imprudenter deciderit: profecto habet quod ſuæ ſocordiæ; non quod adverſarii diligentiæ imputet; & ideo damnum paſſus ſua culpa, non intelligitur, damnum paſſus eſſe *l.* 203. *D. de regulis juris:* nec habet cauſam reſcindendi tranſactionem ejus ſponte factam ſine neceſſitate: etſi eventu læſus ſit; modo nil actum ſit adverſarii dolo malo *l.* 7. §. 10. *D. de pactis.* Naturalis hæc æquitas, & ſubnixa auctoritate Prætoris: generaliter promittentis, ſe ſervaturum pacta conventa, neque dolo malo, neque adverſus leges, aut in fraudem legum facta *l.* 7. §. 7. *D. eod. tit.* nulla porro lex idcirco improbat tranſactionem de controverſiis ex teſtamento proficiſcentibus: quod ſit facta, non inſpectis cognitiſve teſtamenti tabulis. quin tu audis Impp. Diocletianum & Maximianum *l.* 19. *C. de tranſactionibus*, Irenæo cuidam reſcribentes, *Sub prætextu inſtrumenti poſt reperti, tranſactionem bona fide factam, reſcindi jura non pati.* Placet id illis Imperatoribus, inſtrumento (quo etiam teſtamentum cenſetur) ante incognito & poſt demum reperto? quanto juſtius dicatur, teſtamento ante cognito, etſi ante non aperto inſpectoque?

At te ſollicitat Gajus *d. l.* 6. *D. de tranſactionibus.* Sed fruſtra. quid enim, ſi fugitivum ſit hoc Gaji Caput, atque ab Edicto de pactis conventis longe remotum? ita prorſus eſt. interpretatus enim Gajus Edictum de pactis conventis lib. I. Ad Edictum Provinciale: ut docent Inſcriptiones *l.* 20. *l.* 28. & *l.* 30. *D. de pactis.* at deſumpta *d. l.* 6, quod ejus Inſcriptio indicat, eſt ex Gaji lib. XVII. Ad Edictum Provinciale: in quo is nihil egit de pactis aut tranſactionibus, ſed de teſtamentis: id eſt, qui habeant jus faciendi teſtamenti; item, quomodo ordinentur teſtamenta: tum de heredibus inſtituendis: porro quemadmodum teſtamenta aperiantur, inſpiciantur, & deſcribantur: dehinc ut ſerventur legata ex Edicto, Si quis omiſſa cauſa teſtamenti: poſtremo quemadmodum ex Senatuſconſulto Silaniano de ſervis habeatur quæſtio, antequam teſtamenta aperiantur.

Hunc fuiſſe ejus libri ordinem & tenorem, commode notavit Jacobus Labittus ex Fragmentis in Pandectas eo ex libro relatis: pertinere autem *d. l.* 6. ad Edictum de tabulis aperiendis, obſervavit ex *l.* 1. *pr.* & §. 1. *D. Teſtamenta quemadmodum aperiantur:* cujus Inſcriptio præfert Gaji lib. XVII. Ad Edictum Provinciale. edit vero is Gaji locus Edicti non ſenſum modo, ſed æquitatem quoque & rationem pene verbis *d. l.* 6. Edicti ſenſus continetur his *d. l.* 1. verbis: *Omnibus quicunque deſiderant tabulas teſtamenti inſpicere, vel etiam deſcribere, deſpiciendi, deſcribendique poteſtatem facturum ſe Prætor pollicetur.* Hic ſenſus Edicti. At ejus commendatio æquitatis in §. 1. ejuſdem loci ſic ſonat. *Ratio autem Edicti manifeſta eſt. Neque enim ſine Judice tranſigi, neque apud Judicem exquiri veritas de his controverſiis quæ ex teſtamento proficiſcerentur aliter poteſt, quam inſpectis cognitiſve verbis teſtamenti.* Hæc ratio Edicti Proconſulis, ſed Gajo debetur. indicat autem, Proconſulem in Edicto jubere, omnibus deſiderantibus tabulas teſtamenti inſpicere vel deſcribere, ejus inſpiciendi deſcribendique facultatem fieri: hac cauſa; ut, ſi velint de teſtamento litigare, apud Judicem poſſit exquiri veritas: ſin malint decidere, ſine Judice poſſit tranſigi controverſia. igitur voluit quidem Proconſul, eos qui cogitent, dirimere controverſias ex teſtamento proficiſcentes, adjuvare apertis teſtamenti tabulis: quo facilius ac ſecurius faciant quod eis negotium eſt. at non voluit, tranſactionem, ſi fiat bona fide, non inſpectis cognitiſve teſtamenti verbis, idcirco infirmare: quod ſit facta, non inſpecto & cognito ante teſtamento. minime. non eſt hoc Edicto comprehenſum: neque alias placuit legibus aut moribus Populi Romani. nec igitur potuit a Gajo dici: quippe cum non ſit privati Juriſconſulti, leges facere, ſed factas interpretari. ac ſi explicanda, ut oportet, ex Gaji mente ſit *d. l.* 6, & *l.* 1. §. 1: neutra improbat tranſactionem de teſtamento factam, ante non inſpectis cognitiſve ejus tabulis. contra veriſſimum eſt, quod obſervavit Antonius Faber, V. CL. *Rationalibus*, Gajum, cum negat, aliter poſſe tranſigi de his controverſiis quæ ex teſtamento proficiſcantur, quam inſpectis cognitiſve verbis teſtamenti, tantum de facto, non de jure loqui. Dixi, quæ mihi viſa inde a prima juventute ſunt probabilia. plura attulit pridem V. CL. Antonius Schultingius, egregia *Diſſertatione ſuper controverſiis quæ ex ultimis voluntatibus proficiſcuntur, etiam non inſpectis vel cognitis illarum verbis recte ineunda:* nec pigebit vidiſſe. ſpero, æque placebit ejus Juriſprudentia Antejuſtinianea quam exſpectamus.

CAPUT XIX.

Prætori non eſſe propoſitum in hoc Edicto, ſervare pacta conventa, facta adverſus Jus Civile, cum ſcriptum, tum non ſcriptum. De forma plerisque negotiis data Civili Jure. & an contra hanc poſſit pactum conventum fieri expreſſe vel tacite. & quid de cauſis?

Huc uſque dixi, quando non ſervet Prætor pacta conventa adverſus Leges, Plebiſcita, Senatuſconſulta, Edicta, Decreta Principum, aut in eorum fraudem facta. Reliquum

liquum eſt: ut inveſtigem, quid his indigitet verbis, Leges, Plebiſcita, Senatuſconſulta, Edicta, Decreta Principum: cum Imp. Juſtinianus *l. pen. C. de pactis* ſimpliciter dicat, *Ipſo Prætoris Edicto, pacta conventa quæ neque contra leges, neque dolo malo inita ſunt, omnimodo obſervanda ſunt.* Mihi vero videtur, propoſitum eſſe Prætori, non ſervare pacta conventa, facta adverſus Jus ſcriptum, & non ſcriptum: nec intereſſe ejus, utrum ſit proprium Populi Romani, an commune omnium hominum: etſi Edicti verba tantum improbent pacta conventa, facta adverſus Jus ſcriptum: quod Legibus, Plebiſcitis, Senatuſconſultis, Edictis Prætorum, & Decretis Principum conſtabat tempore Juliani: qui compoſuit Edictum perpetuum. Occurrit aliquoties talis veteris Edicti interpolatio. notavi eam ad præcedentia verba, *Neque dolo malo:* & in Edicto, Quod metus cauſa, & De commodato jam olim ſimilem obſervavit Ulpianus *l. 1. D. Quod metus cauſa, & l. 1. §. 1. D. Commodati.* Deeſt etiam hodie in Edicto Ædilium curulium verſus, *Titulus ſcriptorum ſingulorum ut ei ſcriptus ſit, &c:* quem verſum olim fuiſſe in eo Edicto, auctor eſt A. Gellius *lib. 2. Noct. Attic. c. 2.* In præſentia vero confinxit Julianus veteris Prætoris verba ad mores ſui temporis. Nulla enim ante inductum Principatum fuerunt Principum Decreta: cum hodie in Perpetuo Edicto hic a Juliano fiat eorum mentio. Non minus convenit ſeculo Juliani, quod in Edicto non nominantur Reſponſa Prudentum: ut ut ea Juri ſcripto annumeret Imp. Juſtinianus §. 3. *Inſt. de jure naturali:* qui ea confirmavit *l. 2. De confirmatione Digeſtorum:* ſicut & ante ſunt confirmata ab Imp. Theodoſio *l. unic. Cod. Theod. De reſponſis prudentum:* cum ante eam legem Jus Civile quod in ſpecie ſic vocatur, a Juriſconſultis compoſitum Fori Diſputatione ſine ſcripto venire, certus auctor ſit Pomponius *l. 2. §. 5. D. de origine juris.* Cæterum etſi Edicti verba non meminerint morum Populi Romani, id eſt, Juris non ſcripti: placuit tamen Veteribus, mores non excludere ab Edicti ſententia: uno Prætoris conſilio, tueri conjunctionem civilis ſocietatis non minus a moribus, quam a ſcriptis legibus pendentem. quid ſi mores etiam Populi leges ſunt? non minus enim Populi voluntatem tacite rebus & factis, quam leges eam manifeſtis civium ſuffragiis declarant *l. 32. §. 1. l. 35. & 36. D. de legibus.* Hoc ſenſu Imp. Juſtinianus *l. pen. C. de pactis*, *Ipſo*, inquit, *Prætoris Edicto pacta conventa quæ neque contra leges, neque dolo malo inita ſunt, omnimodo obſervanda ſunt.* Sed Prætor ne Naturæ quidem jus neglexit: cum hoc ſit lex & mos generis humani: cujus jure æque ac parte cenſetur Populus Romanus §. 2. *Inſt. de jure naturali.* optime Cicero *in Partitionibus*, *Legis*, inquit, *eſſe propria etiam ea quæ ſine literis aut gentium jure, aut more majorum retinentur.* Improbantur igitur Edicti verbis pacta in primis facta adverſus jus ſcriptum: ſed mente ejus & ſententia etiam pacta facta adverſus jus non ſcriptum; ſive ſit proprium Populi Romani, ſive ſit commune generis humani. & valde probo, quod ait Juſtinianus *l. ult. C. de pactis*, id contineri regulis juris: ſolitis Veteribus ex legibus atque Edictis condere juris regulas. Eodem modo & ſenſu Antoninus *l. 6. C. de pactis*, *Pacta*, inquit, *quæ contra leges, conſtitutioneſque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris eſt.* Ita ſumma eſt, *Generaliter quoties pactum a jure communi remotum eſt, ſervari non oportere.* Sic ſubducit Ulpianus *l. 7. §. 16. D. eod tit.* Nec aliter putat Gajus *l. 28. D. eod. tit. Contra*, inquiens, *juris civilis regulas pacta conventa rata non haberi.* Papinianus quoque *l. 38. D. eod. tit. Jus*, infit, *publicum privatorum pactis mutari non poteſt.*

Non ſubſiſtam hoc fine: ultra monendum eſt, inditam a Civili & Prætorio Jure pleriſque negotiis, pro faciliore eorum explicatione, eſſe formam, ſive ſubſtantiam, ſive naturam, ab æquitate, pudore, honeſtate, & publico omnium commodo atque utilitate non alienam. meminit hujus formæ Imp. Juſtinianus §. *ult. Inſt. de mandato*, & ante eum Celſus *l. 47. §. ult. D. eod. tit.* Ulpianus quoque *l. 7. §. 15. D. de pactis:* Papinianus ſubſtantiam dixit *l. 72. D. de contrahenda emptione:* Ulpianus naturam *d. l. 7. §. 5. D. de pactis:* Paulus *l. 27. §. 3. D. eod. tit.* naturam & formam: & *l. 26. §. 1. D. depoſiti* modum: Papinianus *l. 24. D. eod. tit.* naturam & notos terminos: & *l. 9. §. 1. D. de duobus reis* ſtatum & naturam. ita pacta, adverſus leges facta, in Edicto ſunt pacta facta adverſus formam, naturam, ſubſtantiam, negotiis rebuſque Jure Civili & Prætorio datam atque impreſſam communis reſpectu utilitatis. Pomponius *l. 27. D. de regulis juris* id ſic effert. *Nec ex Prætorio, nec ex ſolemni jure, privatorum conventione quicquam immutandum eſt: quamvis obligationum cauſæ pactione poſſint immutari & ipſo jure & per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel lege, vel per Prætorem introductus, privatorum pactionibus non informatur: nec ſi, cum inchoatur actio, inter eos convenerit.* Ita legendum, *nec ſi, cum:* etſi alias legatur, *niſi tunc cum.*

Sed ut hæc clarius intelligantur: porro ſciendum eſt, quod pacta negotii modo, ſive ſubſtantiæ, ſive formæ vel expreſſe adverſantur, vel tacite. expreſſe: ſi convenerit quod directo pugnet cum eo quod contractum eſt. tacite: ſi ei non directo, ſed per conſequentiam, adverſetur. cum autem pactum expreſſe repugnat negotii formæ; atque inſuper injuſtum eſt, aut certe a publica utilitate remotum: valet contractus, ſed pactum vitiatur. pone, contrahi ſocietatem, in eaque pactum fieri: ut unus tantum lucrum, alter tantum damnum,

habeat: valet ſocietas, irrito pacto §. 2. *Inſt. de ſocietate:* quia eſt contra naturam ſocietatis, atque etiam injuſtum. facit enim, ne ſit æqualitas; etſi pari ſociorum collatione: ſocietas autem eſt (ut Livius, *lib.* 8. *c.* 4. definit) juris æquatio; ſive (ut Papinianus ait *l.* 63. *D. Pro ſocio*) fraternitas. Simile eſt: ſi in depoſito fiat pactum, Ne de dolo agatur, non admiſſo adhuc a depoſitario dolo malo *l.* 27. §. 3. *D. de pactis:* eſt enim tale pactum contra formam omnium judiciorum bonæ fidei *l.* 23. *D. de regulis juris*, in primisque depoſiti *l.* 31. *D. depoſiti:* nec minus contra bonos mores *l.* 1. §. 7. *D. eod. tit.* quia invitat depoſitarium ad delinquendum in re depoſita. Eſt id manifeſtæ rationis. Sed quid faciemus Ulpiano *l.* 7. §. 15. *D. de pactis:* ſcribenti, *Si quis paciſcatur, ne depoſiti agat, ſecundum Pomponium valet pactum?* Et auget difficultatem Paulus *l.* 27. §. 3. *D. eod. tit. Illud,* inquiens, *nulla pactione effici poteſt, ne dolus præſtetur: quamvis ſi quis paciſcatur, ne depoſiti agat, vi ipſa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit.* Nam ſi non poteſt pactione effici, Ne dolus præſtetur: qua ratione jus ſit alicui paciſci, Ne depoſiti agat: ſi præſertim vi ipſa (ita hic & in *l.* 16. §. 3. *D. Ad Senatuſconſultum Trebellianum*, & *l.* 45. §. 1. *D. Ad legem Falcidiam* Paulus, pro in effectu) ſi, inquam, vi ipſa ſic paciſci videatur, Ne de dolo agat? & tamen profuturum illud pactum, & Paulus & Ulpianus putat. Sed quid eſt? eget hic conſilii deprehenſa ſubtilitas. quid enim habet, quod extricet difficultatem? Scio: ſunt qui ſibi perſuadent, Ulpianum & Paulum non improbare pactum, Ne depoſiti agatur: ante contracto depoſito, & admiſſo jam a depoſitario dolo malo. Sed metuo; ne quod dicunt, careat ratione: num enim opus fuit diſputatione, an poſt admiſſum dolum jure licito fiat pactum, Ne depoſiti agatur? atqui non prohibetur is qui depoſuit, poſt admiſſum dolum palam convenire, Ne de dolo agat. cur igitur dubitetur, an deinde paciſci poſſit, Ne depoſiti agat? Non magis accedam exiſtimantibus: quod pacto, Ne depoſiti agatur, non agitur palam & directo, Ne dolus præſtetur; ſed tacite: non expreſſa autem non nocent, quæ expreſſa, non valerent. Nam nec illa eſt probabilis ſententia. quia eſt gravis pudori civilis ſapientiæ. niſi intereſt reipublicæ; utrum quis palam ad peccandum invitetur, promiſſa ſpe impunitatis; an tacite: cum utique invitatur ad flagitium publico bono noxium. non igitur pertinet tam immodeſta explicatio ad verecundiam Veterum Juriſconſultorum. Me auctore, ſobrie, ut oportet, exaudiatur ſententia Ulpiani & Pauli: nec erit quod caſtigetur. ajunt, profuturum pactum, Ne depoſiti agatur. nimirum, quia eo pacto non utique convenitur, Ne de dolo agatur: etſi videatur ſic agi. poteſt enim depoſiti agi non tantum ob dolum malum, ſed etiam ob culpam. quis autem reprehendat pactum, Ne ob culpam agatur ex cauſa depoſiti? optima igitur ratione fit pactum, Ne depoſiti agatur: etſi paciſcens, Ne depoſiti agat, vi ipſa videatur paciſci, Ne de dolo agat. ſicut enim poteſt hoc pactum accipi, ne depoſitarium invitet ad graſſandum in re depoſita: quid ni ea modeſtia expſicetur? ſit igitur pacto, Ne depoſiti agatur, vi ipſa pactum, Ne de dolo agatur: at non idcirco proderit paciſcenti, ne dolo malo agens in re depoſita, conveniatur actione depoſiti: tantum huc perget; ne amiſſa aut deteriorata re depoſita depoſitarii culpa aut negligentia, ejus periculum ad depoſitarium ſpectet. hoc patitur civilis & naturalis ratio. quod ſi vim hujus pacti ultra porrigat depoſitarius: abſtinendum eſt a tam impudente & improba explicatione.

Sic: ſi pactum expreſſe fiat adverſus negotii formam, atque etiam injuſtum, aut contra bonos mores ſit. proximus tractatus erit, quid juris ſit: ſi pactum fiat adverſus negotii formam, nec injuſtum ſit, neque alias publica utilitate refutetur. Extant ad hanc partem complura in jure exempla. ſed defungar paucis. Finge: aliquis committit ſua negotia alteri gerenda, non gratis, ſed mercede conſtituta: eamque conventionem vocat mandatum. an valet? movet, quod non eſt injuſtum. ſed eſt contra mandati formam. facit igitur: ne ſit mandatum; ſed magis locatio & conductio videatur. hanc enim res indicat; etſi mandatum dicatur §. *ult. Inſt. de mandato.* Rurſus pone: inſulam vendidi: hoc modo, ut aliam inſulam reficeres. an valebit pactum? non enim iniquum eſt, neque legibus aut moribus improbatur. eſt tamen adverſus formam venditionis: ab una parte mercem, ab altera pecuniam certam & numeratam deſiderantis. ne igitur confundantur civilia negotia, eoque difficilior fiat eorum explicatio: placet Neratio *l.* 6. *D. de præſcriptis verbis*, (non intercedente Pomponio *l.* 6. §. 1. *D. de actionibus empti*) magis ad rem, quam ad verba attendere; ideoque nullam putare venditionem, ſed agendum eſſe civili intentione incerti. dicam igitur, valere pactum, ſed eo mutari contractum, magiſque incertum atque innominatum eſſe: licet contrahentes eum vocent venditionem. hunc enim contractum non fert forma & ſubſtantia ejus quod geritur: illum indicat. & eſt quidem rationis, ut contrahentes ab initio quem velint ineant contractum: ſervantes naturam, & ſubſtantiam ei a Jure Civili datam. at ut mutatis terminis, non mutetur nomen obligationis: non fuit rationis. cur enim liceat contrahentibus, pro ſua libidine confundere negotiorum formas, nulla ſuadente utilitate. Ita nec poteſt vendita intelligi res: ubi agitur, ne ejus dominium ad emptorem tranſeat: licet enim a contrahentibus dicatur venditio: tamen ad rem ſpectantibus, aut lo-

locatio

catio eſt, aut aliud genus contractus *l.* 80. §. *ult. D. de contrahenda emptione.* Simili ratione quæ dos vocatur, emptio fit æſtimatione rei dotalis *l.* 13. *C. de jure dotium:* & quæ emptio dicitur, nullo interveniente pretio, non eſt emptio *l.* 36. *D. de contrahenda emptione*; ſed donatio *l.* 3. *&* 9. *C. eod. tit.* nulla vetante lege. nam ſi illa intercedat: contra dicendum eſſe, egregio exemplo oſtendit Ulpianus *l.* 38. *D. eod. tit.*

Hæc in ſuperioribus obtinent optimo jure. non tamen ſunt ubique trahenda ad exemplum: ne argumenti quidem ſimilitudine. non enim definita ſunt lege una & certa: ſed Fori Diſputatione, atque incidente occaſione, paulatim invaluere. ita ſi ſinceram quærimus Juriſprudentiam, vel hac in parte ſequi nos oportet, non quo æquitas & mera ratio, ſed quo Veterum uſus & auctoritas ducit. Sit exemplum in precario: in quo non placuere Celſo recepta in ſuperioribus, quantum colligo ex *l.* 12. *D. de precario.* Verba Celſi ſunt. *Cum precario aliquid datur, ſi convenit, ut in Calendas Julias precario poſſideat: numquid exceptione adjuvandus eſt, ne ante ei poſſeſſio auferatur? Sed nulla vis eſt hujus conventionis, ut rem alienam domino invito poſſidere liceat.* Finge: precibus a me impetraſti uſum domus: hac lege, ut in Calendas uſque Julias eam precario poſſideas. Si rem ex vero æſtimamus: proxima eſt commodato; licet a contrahentibus dicatur precarium. ſunt enim inter ſe repugnantia, ut alienam rem domino invito poſſidere tibi liceat, & tamen eam poſſideas precario, id eſt, quamdiu voluerit dominus *l.* 1. *pr. l.* 2. §. 2. *D. eod. tit.* at non repugnat commodati forma, quo minus paciſcaris, ut tibi liceat, re mea gratis uti ad certum tempus; nec mihi jus ſit, eam interim revocare *l.* 17. §. 3. *D. Commodati.* quod ſi igitur lubet magis, quod agitur, quam quod dicitur, conſiderare: non erit in propoſito precarium, ſed commodatum. quia hoc patitur negotii forma, illud non patitur: quamvis veliat contrahentes. ſed alio vertit Celſus *d. l.* 12: arbitratus, non eſſe commodatum, ſed precarium: pactionemque, Ne domus quam precario habes, ante Calendas Julias revocetur, eſſe nullius momenti, quaſi appoſitam adverſus precarii formam. quod ſi eſt: apparet, Celſum in hoc articulo non ea iviſſe ſemita quam in ſuperioribus ſequuti ſunt alii: nec oportere nos qui leges non ferimus, ſed interpretamur, ubique a ſimili ad ſimile procedere; ſed quid in quoquo negotio receptum ſit, animadvertere. ſunt enim ſæpe Fori Diſputatione uno in caſu a Veteribus recepta, quæ non ſtatim ſunt porrecta ad alios utcumque ſimiles: non quod æquitas prohiberet extenſionem; ſed quod uſus Fori non admitteret. & tamen contigit quoque aliquando, nova ſuperveniente auctoritate: ut tandem exciperentur etiam tales caſus a quibus prior abſtinuerat verecundia. Occurrit ejus generis exemplum in *l.* 34. *D. Mandati*, juncta *l.* 15. *D. de rebus creditis.* Sit & hoc exemplum: quod oneris ferendi ſervitutem ædibus poſſe imponi, diſputando negavit Aquilius Gallus: præfatus, pactionem domino injungentem ſervientis prædii refectionem, adverſari naturæ ſervitutis: non conſiſtentis in eo, ut dominus aliquid faciat; ſed ut aliquid patiatur, aut non faciat *l.* 15. §. 1. *D. de ſervitutibus.* Adverſus tamen hanc Galli Aquilii diſputationem, utcumque ſubnixam natura ſervitutis, evaluit Servii ſententia: ut poſſit quis defendere, ſibi jus eſſe, cogere adverſarium, reficere parietem ad onera ſua ſuſtinenda *l.* 6. §. 2. *D. Si ſervitus vindicetur.* Apparet igitur, receptam Servii auctoritate eſſe pactionem naturæ ſervitutis contrariam. ſed (quod meditate obſervat Ulpianus *d. l.* 6. §. 2) non in omnibus ſervitutibus, verum *in propoſita ſpecie.* etſi Paulus *l.* 33. *D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum* Servii ſententiam æſtimat naturali æquitate, communi omnium ſervitutum, abſque Juris auctoritate foret. Fuit & hæc natura ſervitutis prædiorum, prædii neceſſitate circumſcribi. Inde, ut pomum decerpere liceat, ut ſpatiari, ut cœnare in alieno poſſimus, ſervitus imponi non poteſt, inquit Paulus *l.* 8. *D. de ſervitutibus.* & tamen hoc jure utimur, ut impoſita ſuſtineatur. Id digniſſimum obſervatu, quantum teneo memoria, non animadverſum ab aliis, curatiſſime tradidi *lib.* 1. *Probabilium c.* 2. *&* 3.

Hæc: ſi quæ pactio palam & directo fiat contra negotii formam. Quid, ſi tacite ei adverſetur? placuit, ſervari pactum: non quidem, ut mutet negotium, ſed ut inflectat & temperet. Exemplum eſt in his verbis *l.* 24. *D. depoſiti. Lucius Titius Sempronio ſalutem. Centum nummos quos hac die commendaſti mihi, adnumerante ſervo Sticho actore, eſſe apud me ut notum haberes, hac epiſtula manu mea ſcripta, tibi notum facio: quæ quando voles, & ubi voles, confeſtim tibi numerabo. Quæritur, propter uſurarum incrementum? Reſpondi depoſiti actionem locum habere. quid eſt enim aliud commendare, quam deponere? quod ita verum eſt, ſi id actum eſt, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam ſi ut tantundem ſolveretur, convenit, egreditur ea res depoſiti notiſſimos terminos. In qua quæſtione ſi depoſiti actio non teneat, cum convenit, tantundem, non idem reddi, rationem uſurarum haberi, non facile dicendum eſt. Et eſt quidem conſtitutum, in bonæ fidei judiciis, quod ad uſuras attinet, ut tantundem poſſit officium arbitri, quantum ſtipulatio: ſed contra bonam fidem, & depoſiti naturam eſt, uſuras ab eo deſiderare temporis ante moram qui beneficium in ſuſcipienda pecunia dedit. ſi tamen ab initio de uſuris præſtandis convenit, lex contractus ſervabitur.* Locus hic eſt admodum impeditus abrupta ſermonis brevitate, propria Juriſconſultorum. forte eſt etiam mutilus in fine epiſto-

læ L. Titii; & ita reſtituendus. *quæ quando voles, & ubi voles, confeſtim tibi numerabo cum uſuris.* Nulla hodie in epiſtola mentio uſurarum. interveniſſe tamen pactum de præſtandis uſuris, ex quæſtione epiſtolæ ſubjecta, & Papiniani diſputatione conjicio. Species hæc eſt. Sempronius Lucio Titio abſenti certa forma commendavit centum nummos per epiſtolam, aut per Stichum ſervum actorem, per quem eos numeravit. Lucius Titius Sempronio reſpondit per epiſtolam. ita convenit, uti Titius Sempronio, quando & ubi vellet, tantumdem confeſtim redderet cum uſuris. quæritur; an poſſint commendati nummi cum uſurarum incremento peti actione depoſiti? movet hinc, quod contrahentes quod agunt, vocant commendatum: id eſt, depoſitum: quando commendare eſt deponere, auctore non modo Ulpiano *l.* 186. *D. de verborum ſignificatione*, ſed Papiniano quoque in *d. l.* 24. inde movet quod nominis proprietati reſiſtit negotii forma. nam in depoſito non traditur depoſitario res, ut ejus dominium ei adquiratur: multoque minus, ut ab eo mutetur aut conſumatur: ſed ut cuſtodiatur; id eſt, ut deponenti idem quod dedit corpus in ſpecie reſtituatur. igitur ſi actum ſit, ut Sempronius ipſa quæ accepit, reddat nummorum corpora: erit depoſitum. quod ſi placuit, tantumdem reddi; non ſervata depoſiti forma, non videtur depoſitum. contra res ad mutuum accedit, tranſlato quantitatis dominio: ea lege, ut obligatio ſequatur ad tantumdem reſtituendum. quod ſi cui ſedeat in præſente ſpecie: non tenet depoſiti actio; magis locum habet certi condictio ex cauſa mutui. in qua de uſuris fruſtra quæritur: quia uſuræ in ſtricti juris judiciis, quale eſt mutuum, non debentur, niſi ex ſtipulatu: ſi ſtipulatio intervenit. ſed Papinianus, expenſis intentiore cura ſingulis, non mutuum, ſed depoſitum, eſſe exiſtimat: duplice ratione. una eſt: quod hic fuit contrahentium animus, ut commendatum, id eſt, depoſitum eſſet. altera eſt: quod ne res quidem illam negotii formam recuſat: quando nil intereſt deponentis pecuniam; utrum eadem, an ſimilia recipiat nummorum corpora: pecunia functionem recipiente non in ſpecie, ſed in genere. ea igitur gratia patitur Papinianus, depoſiti actionem dari. ſed utrum ad ſortem tantum, an ad uſuras quoque? & ſi mora intervenit: putat Papinianus, etiam ad uſuras dari. Atqui uſuræ æque ſunt extra poteſtatem depoſiti, ac mutui; obligatione numquam re naſcente ultra, quam datum ſit *l.* 17. *D. de pactis*: ne pacto quidem de uſuris interpoſito: præterquam ſubjecta ſtipulatione. Sed placet Papiniano, depoſitum circa uſuras diſtinguere a mutuo: etſi eos contractus hac in parte non ſeparent Juris regulæ. qui poteſt? *Eſt*, inquit Papinianus, *conſtitutum in bonæ fidei judiciis*, quale eſt depoſiti actio, *quod ad uſuras attinet, ut tantumdem poſſit officium arbitri, quantum ſtipulatio.* A quo tamen id ſit conſtitutum, non addit Papinianus: ſed demonſtravi ſupra hujus Operis c. XI. & XII, auctorem ejus Conſtitutionis eſſe D. Pium: cum ante eum in bonæ fidei judiciis, uno excepto judicio pro ſocio, non aliud circa uſuras jus eſſet, quam in judiciis ſtricti juris. Sic poſt admiſſam a depoſitario moram: ſive promiſſæ ſint uſuræ, ſive non ſint. ſed finge, promiſſas eſſe ab initio ante moram. adhuc certum eſt, deberi: ſi de his ſic ſpecialiter ſtipulatione convenerit *l.* 40. *D. de rebus creditis.* ſit igitur idem in pacto adjecto confeſtim depoſito: cum conſtet, pacta judiciis bonæ fidei in continenti adjecta, vel ad actionem ineſſe, quatenus paciſcentis intereſt propter rem debitam: & jam Conſtitutionibus placuit, in bonæ fidei judiciis, quod ad uſuras attinet, quantum valet ſtipulatio, tantum poſſe arbitri officium. At eſt contra bonam fidem, contraque depoſiti naturam, depoſitarium uſuras ſine mora debere; & pro beneficio ſuſceptæ cuſtodiæ pœnam ſolvere. Poſt introductas tamen uſuras in bonæ fidei judiciis, non eſt a ratione alienum, ſi in ingreſſu contractus convenit de uſuris ante moram præſtandis, pactum ineſſe actioni depoſiti; ipſaque uſuras æque, ac ſortem peti. Quod ſi eſt: putemus, pacta valere adverſus formam contractus: ſi ei tacite & velut per conſequentiam repugnent; neque interim publica utilitate improbentur. hoc vero in propoſito fit depoſita pecunia: ſi agatur, ut depoſitarius tantumdem reſtituat, & uſuras præſtet. ſane qui depoſita pecunia, eſt tantumdem exacturus cum uſuris, is concedit ejus & cuſtodiam & conſumptionem; etſi non directo, ſed per conſequentiam. igitur adhuc valebit hoc pactum jure depoſiti: quia principalis contrahentium finis eſt, ut cuſtodiatur pecunia *l.* 24. *l.* 25. §. 1. *& l.* 26. *D. depoſiti*: & quamvis depoſito corpore, non ſinat depoſiti forma, id a depoſitario conſumi aut mutari, quod habet functionem ſuam in ſpecie; tamen ſi quantitas deponatur hoc pacto, ut tantumdem reddatur, aliud obtinuit *d. l.* 25. §. 1, *& d. l.* 26: eo quod quantitas non ſuo corpore, ſed ſua quantitate æſtimatur: nec intereſt deponentis, utrum depoſita in ſpecie reddatur quantitas, an alia ejuſdem generis & qualitatis: quin hic videtur idem quod depoſitum eſt reddi, ubi tantumdem redditur. eſt porro hæc depoſiti natura, ne depoſitæ rei uſum habeat depoſitarius. hoc igitur ubi eſt: cur uſuras præſtet temporis ante moram: nulla uſurarum cauſa? cæterum inventa ſpecie in qua depoſitarius utatur quantitate depoſita; ea lege, ut tantumdem reddat: non fuerit iniquum, neque abſurdum, poſt introductam uſurarum utilitatem in bonæ fidei judiciis, depoſitæ quantitatis uſum deponenti uſurarum præſtatione, ſi id convenerit, ante moram reparari.

Sed de pactis quæ ſint contra negotii ſubſtantiam, naturam, ac ſormam internam, &, ut ita loquar, eſſentialem, facta palam vel tacite, dictum ſatis. Sequuntur quæ extra eam conſiſtunt circa cauſas quas dicam externas: nam de his quoque ut deinceps agam, poſtulat Pomponius *l. 27. D. de regulis juris*, verbis ſupra ad hunc modum emendatis. *Nec ex prætorio, nec ex ſolemni jure privatorum conventione quidquam immutandum eſt. quamvis obligationum cauſæ pactione poſſint immutari & ipſo jure & per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel lege vel per Prætorem introductus privatorum pactionibus non informatur, nec ſi, cum inchoatur actio, inter eos convenit.* Senſus eſt, Obligationum ſubſtantiam, (quam Pomponius vocat *actionum modum:* ſicut & Paulus *l. 26. §. 1. D. depoſiti vel contra*) pro communi utilitate inventam civili aut prætorio jure, privatorum conventione non mutari: ne tunc quidem, cum actio inchoatur; id eſt, ne in ingreſſu quidem contractus: quo tempore inchoatur, id eſt, naſcitur obligatio & actio. nec enim, verbi gratia, ut emptio venditio ſine merce aut pretio contrahatur, permitti: emptionis forma & ſubſtantia ex pretio & merce conſiſtente. at non eſſe alienum a ratione Juris, obligationum cauſas, cum id velint paciſcentes, adjectis pactionibus informari ipſo jure, aut per pacti conventi exceptionem. Sic Pomponius, & *obligationum cauſas* non nominat internam earum formam aut ſubſtantiam, ſed cæteras earum qualitates: quæ etſi extra ſormam aut ſubſtantiam cadant; tamen, ut Ulpianus ait *l. 11. §. 1. D. de actionibus empti*; ſingulis contractibus, ſi nihil convenit, naturaliter, (ſive, ut idem Ulpianus loquitur *l. 31. §. 20. D. de Ædilitio Edicto*, ex more & conſuetudine) inſunt judicii poteſtate. tales cauſas quatuor indicat Paulus *l. 44. D. de obligationibus & actionibus*, *Obligationum*, inquiens, *fere quatuor cauſæ ſunt, aut enim dies in his eſt, aut conditio, aut modus, aut acceſſio.* Ex eodem genere ſunt quæ idem Paulus *l. 5. D. de actionibus empti & venditi* vocat *reliqua quæ per conſequentias emptionis & venditionis ſunt propria.* Papinianus *l. 72. D. de contrahenda emptione* ea dicit *adminicula emptionis.* Ulpianus *l. 7. §. 5. D. de pactis* eſſe ait *extra naturam contractus.* Tales igitur & ſimiles præſtationes, ut Pomponius cenſet, paciſcentes, cum id velint, pro privato & familiari commodo, adjectis pactionibus informare recte poſſunt: quia ad obligationum formam aut ſubſtantiam, denique ad evitandam negotiorum confuſionem, & adeo ad publicam utilitatem non pertinent principaliter. Et Pomponio accedit Paulus *l. 43. D. de pactis*, *In emptionibus*, inquiens, *ſcimus, quid præſtare debitor* (Jacobus Cujacius, Vir Doctiſſimus, legit, *venditor*) *debeat, quidque e contrario emptor. quod ſi in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id ſervari debebit.* Similiter Ulpianus *l. 23. D. de regulis juris*, ſcribens de culpa in contractibus præſtanda, *Hæc ita*, inquit, *niſi ſi quid nominatim convenit, vel plus, vel minus in ſingulis contractibus. nam hoc ſervabitur quod initio convenit: legem enim contractus dedit.* Itaque commodo Ulpianus *l. 7. §. 15. D. de pactis*, *Item, ſi quis pactus ſit, ut ex cauſa depoſiti* omne periculum *præſtet, pactionem valere: nec quaſi* contra juris formam *factam non eſſe ſervandam:*

Sed quid in unoquoquo negotio ad formam ſpectet, diligenter conſiderandum eſt. non enim una omnibus forma eſt. adeo quod in ſuperioribus exemplis pactum recipit, quia extra negotii formam habetur, in dote pactum reſpuit. eſt enim in ea Legibus finitum, quando & quemadmodum dos reſtitui debeat; ac, ſi aliter pactum ſit & conventum, ad jus pertinet, nec ſervatur *l. 12. §. 1. D. de pactis dotalibus.* fac, in pacto dotali conventum eſſe, ut ulteriore die dos reſtituatur: non valet pactum: quia eſt contra Leges, ſimul contra dotis utilitatem *l. 14. l. 15. l. 16. & l. 17. D. eod. tit.* niſi (quod Paulus in hujus Edicti expoſitione obſervat *l. 27. §. 3. D. de pactis* quæ eſt ex ejus *lib. 3. Ad Edictum*) mulier pacta ſit, ut præſente die dos reddatur, & deinde paciſcatur, ut tempore ei legibus dato, dos reddatur: tum enim valet pactum: quia (ut Paulus loquitur) tum incipiet dos redire ad jus ſuum: nec dicendum eſt, per pactum fieri deteriorem dotis conditionem. quoties enim ad jus quod lex naturæ ejus tribuit, de dote actio redit, non fit deterior dotis cauſa, ſed formæ ſuæ redditur. Non minus huc ſpectat thema *l. 6. D. de pactis dotalibus:* cum enim ſit ex libro Ulpiani IV. Ad Edictum, recte conjungitur cum *l. 7. D. de pactis* quæ eſt ex eodem libro & ad expoſitionem Edicti de pactis conventis refertur. id thema tale eſt. Vir in conſtituenda dote pactus eſt, ut dolum ſolummodo in dotem præſtet. an valeat, quæritur? & negat Ulpianus. qua cauſa? ait, propter utilitatem nubentium: id eſt, quia eſt adverſus naturam dotis quæ tota reſpicit ad nubentium utilitatem *l. 2. D. de jure dotium*, & ideo mariti culpam, ne interveniente quidem hoc pacto excuſat.

CAPUT XX.

Paciſci poſſe omnes qui poſſunt conſentire: niſi ſi regulis Juris excipiantur. inde quæri de pupillo, item minore viginti quinque annis, & prodigo.

Nunc tractemus de perſonis paciſcentium. postquam enim oſtendi, pacta conventa contra Juris Civilis regulas rata non haberi: non fuerit extra propoſitam materiam, deinceps exponere, quibus liceat paciſci regulis juris; quibus non liceat. ſic enim intelligemus, quorum pacta a Prætore ſerventur. Paciſci autem licet omnibus qui conſentire poſſunt: niſi ſi ſpecialiter excipiuntur: quales ſunt quibus interdicitur adminiſtratione bonorum.

Et eſt exemplum in pupillo: in quo Gajus *l.* 28. *D. de pactis* diſtinguit: utrum pactus ſit cum tutoris auctoritate, an ſine ea: & rurſus; utrum, ne petat; an ne ab eo petatur: hoc caſu ait, valere pactum; illo negat: quia alterum eſt contra regulas juris; alterum non eſt. Atqui Prætor ſequitur naturalem æquitatem: quæ vel pupillum tenet. poteſt enim pupillus conſentire naturali jure. quid porro pactum præter conſenſum? videtur igitur hoc Edicto ſervari pupilli pactum: ſine diſcrimine; utrum paciſcatur, Ne petat; an, Ne ab eo petatur. nam & naturaliter obligatur ſtipulatione; etſi non fiat locupletior. Sed primum Prætor cum æquitati ſervit, non ſervit meræ æquitati, ſed præceptis civilibus attemperatæ. nec tuetur pacta: niſi ea quæ non ſunt adverſus regulas juris. hæ vero ſinunt, pupillum ſuam conditionem facere meliorem ſine tutoris auctoritate: deteriorem facere, non ſinunt. ita ſi pacto ſibi proſit pupillus; ſervatur pactum ſine tutore factum. non æque, ſi noceat ſibi pacto ſine tutoris auctoritate facto. & recte. poſtquam enim eſt viſum naturæ conſequens, ut qui ſe tueri nequit, a tutore regatur: quod per ſe agit, ubi opus eſt tutore, id non agit jam naturæ convenienter. quin, ſi eum ſibi permittamus; etiam efficimus, ut tutela ſub qua poſitus eſt, ſupervacua videatur. At enim pupillus naturaliter obligatur. Niſi ſi ipſum ſpectes. tum enim ejus obligatio Civili Jure ſine effectu relinquitur; eoque non intelligitur ipſe obligari, ne naturaliter quidem *l.* 59. *D. de obligationibus & actionibus:* ablata ei facultate ſe obligandi *l.* 43. *D. eod. tit.* ac ſi ſolvat quod naturaliter debet, repetitioni locum facit perſonæ ratio *l.* 29. & *l.* 41. *D. de conditione indebiti*. Sic in pupillo.

Major quæſtio eſt de minore viginti quinque annis. Sed intereſt: utrum curatore careat minor, an eum habeat. Priore caſu paciſcendo obligatur regulis Juris: quibus non impeditur conſentire, nondum prohibitus, ſua bona ſuo arbitrio adminiſtrare. Hoc ſenſu Paulus *l.* 43. *D. de obligationibus*, *Obligari*, inquit, *poteſt paterfamilias*, *ſuæ poteſtatis*, *pubes*, *compos mentis*. Paulus ait, obligari eum qui ſit paterfamilias, præterea pubes, etiam compos mentis, amplius ſuæ poteſtatis. is vero eſt minor ſine curatore conſtitutus. alioquin ſupervacua ſunt verba, *ſuæ poteſtatis:* cum appellatione patrisfamilias non veniat alius, quam homo ſuæ poteſtatis *l.* 195. §. 2. *D. de verborum ſignificatione*. Poſteriore caſu contra eſt: nulla voluntate ejus, qui ut ſit paterfamilias, idemque pubes & compos mentis: tamen ob minorem ætatem eſt in curatione, eaque facultatem bona ſua adminiſtrandi æque amiſit, atque hac caret pupillus ſub tutoris poteſtate conſtitutus *pr. Inſt. de tutelis*, & *pr. Inſt. de curatoribus*. Aliquis dicat: tutor differt a curatore: alter enim perſonæ, alter bonis præficitur. libera igitur eſt minoris perſona: pupilli non eſt. ſic Poppæa, apud Tacitum *lib.* 14. *Annal. c.* 1, crebris criminationibus, aliquando per facetias incuſat principem, & pupillum vocat: qui juſſis alienis obnoxius, non modo imperii, ſed libertatis etiam indigeret. Si tamen non ad merum jus perſonæ minoris, (ad quod jus noſtra hæc non pertinet diſputatio) ſed ad bonorum ejus adminiſtrationem, in cujus parte ſunt pactiones obligationeſque *pr. Inſt. de obligationibus*, advertatur: puto, poſt Conſtitutionem D. Marci jubentis, curatores dari omnibus minoribus, etiam non redditis cauſis: (quod Capitolinus refert *in vita M. Antonini c.* 10) magis erit, ut minor, accepto curatore, non abſimilis habeatur prodigo cui a Prætore, curatore dato, ſit bonis interdictum. hunc Ulpianus ait in curatoris poteſtate eſſe *l.* 1. *D. de curatoribus furioſo & aliis extra minores dandis:* etiam negat, cum promittendo ſtipulanti obligari *l.* 6. *D. de verborum obligationibus.* idem putemus in minore, cum ei curator datur. licet enim alteri volenti, alteri invito, utrique tamen bonorum adminiſtratio peræque adimitur. nec eſt quod deinceps quæramus, an is minor etiam contrahendi, obligandique ſe facultatem amiſiſſe videatur. niſi alio pertinet: quod ſi fundum vendidit minor habens curatorem, & venditione læſus ſit, non ſervatur contractus, nec opus eſt Prætoria in integrum reſtitutione, quia eſt tutus ipſo jure. at ſi ſine curatore conſtitutus, talem contractum faciat: Jure Civili obligatus intelligitur: & conſilii fragilitate lapſus læſuſque, demum in integrum reſtitutione Jure Prætorio adjuvatur. Clare ſic Impp. Docletianus & Maximianus *l.* 3. *C. de in integrum reſtitutione minorum.* Verba. *Si curatorem habens minor quinque & viginti annis*

poſt

poſt pupillarem ætatem res vendidiſti, hunc contractum ſervari non oportet: cum non abſimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Prætore curatore dato, bonis interdictum eſt. † *Si vero ſine curatore conſtitutus, contractum feciſti: implorare in integrum reſtitutionem, ſi necdum tempora præfinita exceſſerint, cauſa cognita non prohiberis.* Eodem etiam alia via exit Paulus *l.* 21. *D. de verborum ſignificatione:* quæ eſt ex libro ejus XI. Ad Edictum, quo eum Edictum de minoribus expoſuiſſe liquet ex Inſcriptione *l.* 10. *l.* 14. *l.* 23. *&* 26. *D. de minoribus.* verba Pauli. *Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes cedere.* Paulus reſpicit ad ætatis veniam minori a Principe concedi ſolitam: auctore Ulpiano lib. XI. Ad Edictum *l.* 3. *D. de minoribus.* impetrata hac venia, minor pleraque adminiſtrat quaſi paterfamilias: emit, vendit; & ſi læſus eſt, deinde a Prætore non reſtituitur in integrum: ne Principali auctoritate circumſcriptus putetur qui cum eo contraxit *l.* 1. *C. de his qui veniam ætatis.* Igitur Paulus *d. l.* 21. occaſione Edicti de minoribus diſputans de effectu veniæ ætatis, ait, Principem, ſi minori bona, id eſt, jus bona ſua adminiſtrandi reſtituit, indulta ætatis venia: etiam conceſſiſſe ei obligationes; id eſt, jus ſe obligandi: quia bonorum appellatione etiam veniunt obligationes *l.* 3. *D. de ſententiam paſſis.* atque hoc ſi eſt, ut eſt veriſſimum: apparet, minorem qui habet curatorem, nec a Principe impetravit ætatis veniam, Jure Civili non obligari ſine curatoris conſenſu. alioquin ſtulte diceretur, a curatoribus ſuis liberatum indulgentia Principis, eo quod bonorum adminiſtrationem recipit, etiam jus ſe obligandi recuperare. Habes formam Juris circa minorum pactiones obligationeſque introductam poſt Conſtitutionem D. Marci. Adhuc, inquies, moleſtus eſt Modeſtinus *l.* 101. *D. de verborum obligationibus. Puberes,* inquiens, *ſine curatoribus ſuis poſſunt ex ſtipulatu obligari.* Nec eo inficias; ſi ſic ſcripſit Modeſtinus. Sed viſum V. CL. Georgio Conrado Cruſio, amico meo, dum viveret, legere, *Puberes ſine curatoribus ſuis poſſunt ex ſtipulatu obligare.* idemque ante incidiſſe Simoni a Leeuwen, *Notis ad d. l.* 101, me monuit Collega meus, Vir CL. D. Voet, *ad tit. Pand. de verborum obligationibus.* Ac, puto, addit huic conjecturæ pondus loci Inſcriptio, *Modeſtinus lib.* 4. *De præſcriptionibus.* indicat illa, a Modeſtino adferri præſcriptionem a Juris regula poſt Conſtitutionem D. Marci recepta. ea regula fuit: quod minor, accepto curatore, aliis ſe ſine ejus conſenſu obligare non poteſt. nempe, ne deteriorem faciat ſuam conditionem: quod nolebat D. Marcus. cæterum poteſt alios ſibi etiam ſine curatore obligare: facturus ſic conditionem ſuam meliorem. quod ei vetare, D. Marco non fuit propoſitum. Non eſt quod quem offendat Modeſtini locutio, *Puberes ſine curatoribus ſuis poſſunt ex ſtipulatu obligare.* pro obligare alios. Similiter Paulus *l.* 2. §. *pen. D. de rebus creditis, In mutui,* inquit, *datione oportet dominum eſſe dantem, nec obeſt, quod filiusfamilias & ſervus dantes peculiares nummos obligant.* pro, obligant alios. Apud Gajum quoque in *l.* 9. *D. de auctoritate & conſenſu tutorum & curatorum* ſic legitur. *Obligari ex omni contractu pupillus ſine tutoris auctoritate non poteſt: adquirere autem ſibi ſtipulando & per traditionem accipiendo etiam ſine tutoris auctoritate poteſt: ſed credendo obligare ſibi non poteſt.* id eſt, credendo alios obligare ſibi non poteſt. Eodem modo Ulpianus in *l.* 14. *D. de obligationibus & actionibus, Servi,* inquit, *ex delictis quidem obligantur, & ſi manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur; ſed naturaliter & obligantur & obligant.* Accedat, inquiet aliquis, ad probabile Modeſtini emendatio. at non eſt neceſſaria: ſi perinde accipiatur Modeſtinus; ac ſi velit, eſſe caſum, ubi minores poſſint ex ſtipulatu obligari? finge, a minore contrahi ſponſalia aut nuptias. quis neſcit, curatoris officium rerum adminiſtratione circumſcribi: ad minoris autem perſonam non porrigi? non igitur pertinet ad curatorem, utrum ſponſalia aut nuptias contrahat minor, an non *l.* 20. *D. de ritu nuptiarum, l.* 8. *C. de nuptiis:* recteque ſcribit Modeſtinus, *Puberes ſine curatoribus ſuis poſſunt ex ſtipulatu obligari.* Sed metuo: ne a Modeſtini mente abſit ea collectio. ut enim concedam, minorum ſponſalia nuptiaſque excedere curatoris poteſtatem: an idcirco mihi perſuadeam, Modeſtinum, cum de minorum obligatione ex ſtipulatu diſputat, de eorum ſponſalibus aut nuptiis cogitaſſe? & qui potuit, quæſo; ſi ſpectamus ad Juris uſum Modeſtini tempore? erat tum ea Veterum ratio: ut ſive ſimplice, ſive pœnali ſtipulatione adſtringerentur matrimonia aut futura aut contracta; nollent, a Prætore dari ex ſtipulatu actionem: interpretante repudiorum divortiorumque licentia quam tum matrimoniorum libertatem appellabant, non convenire honeſtati morum, pro ſervandis ſponſalibus aut nuptiis dari actionem ex ſtipulatu *l.* 1. *C. de ſponſalibus, l.* 2. *C. de repudiis, l.* 2. *C. de inutilibus ſtipulationibus, l.* 71. §. 1. *D. de conditionibus & demonſtrationibus, l.* 134. *D. de verborum obligationibus.* Sed id dudum obſervavit Franciſcus Hotmanus *De ſponſalibus c.* 4.

CAPUT

Caput XXI.

Neminem Jure Civili poſſe ſua pactione alteri nocere aut prodeſſe. An jus ſit debitoris heredibus, pacto ſuo nocere ejus creditoribus? Num quorumdam creditorum pactum cum communi debitore factum, noceat aliis qui non conſenſerint? De pacto majoris partis creditorum facto cum debitoris herede ſuſpectam habente ejus hereditatem.

Ne prætereunda quidem ſilentio eſt ſequens regula: *Nec paciſcendo, nec legem dicendo, nec ſtipulando quiſquam alteri cavere poteſt.* Exſtat illa in *l.* 73. §. 4. *D. de regulis juris* ex Quinti Mucii Scævolæ libro ſingulari ὅρων: & eſt certa in ſtipulatione. at de pacto ambigas. eſt enim auctor Paulus, *l.* 27. §. 2. *D. de pactis*, in ſtipulationibus jus contineri; in pactis factum verſari: id eſt, ut quidem mihi videtur, ſtipulationem eſſe Juris Civilis; pactum Juris Naturalis. Modeſtinus vero *l.* 53. *D. de adquirendo rerum dominio* quæ eſt ex libro 14. Ad Quintum Mucium, *Ea*, inquit, *quæ civiliter adquiruntur, per eos qui in poteſtate noſtra ſunt, adquirimus; veluti ſtipulationem: quod naturaliter adquiritur, ſicuti eſt poſſeſſio, per quemlibet volentibus nobis poſſidere, adquirimus.* Sed jam obſervavi ſupra c. VIII, quæ Juris Civilis ſunt, aliquando Jure Naturali regi: & quæ Juris Gentium ſunt Jus Civile imitari. tantum valet utilitas! pactum igitur etſi Juris Gentium ſit, hanc debet Juri Civili formam, ne quis poſſit alteri cavere: id eſt, alteri conſulere, vel alteri providere *l.* 33. *D. de pactis*, & *l.* 3. *D. de tranſactionibus.* id vero ſi eſt: putemus, multo minus alteri nocere.

Sit exemplum ex *l.* 25. *C. de pactis.* Titius varios habet creditores. is Titius moritur, relictis pluribus heredibus. hi, diviſo inter eos ipſo jure defuncti ære alieno pro portionibus hereditariis ex lege Duodecim Tabularum, inter ſe paciſcuntur: ut unus huic, alius alii creditori in ſolidum reſpondeat. quæritur; an ea pactio noceat creditoribus: malentibus, ſingulos pro portione hereditaria convenire? Sed non placet, nocere. non enim patitur Edicti æquitas, creditorum petitionem debitorum pactionibus aut tolli aut mutari. recteque ait Gajus *l.* 3. *D. Familiæ erciſcundæ*, liberam manere creditoribus poteſtatem cum ſingulis experiundi.

Similis quæſtio eſt, an pactum quorumdam creditorum cum communi debitore factum, noceat aliis ei non conſentientibus? Et ſi ſolvendo debitor ſit: palam eſt, non nocere his qui non conſenſerint. ſed finge, non eſſe ſolvendo debitorem; & interim creditorum partem conſentire remiſſioni aliquantæ portionis debiti. quid dicemus? nimirum, eam pactionem obeſſe conſentientibus; cæteris non obſtare: nulla differentia, utrum ſit pactum conventum cum minore, an cum majore creditorum parte. numquam enim ſervat Prætor pacta conventa quæ regulis Juris rata non habentur.

Hoc: ſi de ſortis remiſſione conveniatur. nam ſi agatur de induciis quinquennalibus; aliter dicendum eſt: non ex forma hujus Edicti; ſed ex Cònſtitutione Imp. Juſtiniani: humanitati dantis in propoſito: ut ſinat, a Juris regulis recedi, ac minorem creditorum partem, quod ſine magno ſuo damno facere poſſit, ſequi majoris partis ſententiam *l. ult. C. Qui bonis cedere poſſunt.*

Eſt & illa quæſtio: an valeat pactum quod non ipſe debitor, ſed ejus heres ſuſpectam habens hereditatem ſibi ex teſtamento, aut ab inteſtato delatam, ante immixtionem aditionemve faciat cum creditoribus hereditariis in partem debiti. Non eſt dubium, quin valeat inter eos qui conſenſerint *l.* 7. §. 17. *D. de pactis.* ſed quæſtionis eſt? an præjudicet cæteris qui non conſenſerint? Si ad Edictum reſpiciamus: non oberit cæteris: quia eſt adverſus regulas Juris, quibus placet, privatorum pactis non lædi jus cæterorum. Sed ſubtilitati Edicti prælata eſt ratio adjuvandi heredem, conſervandæ famæ defuncti gratia paratum, ſuſpectam hereditatem adire: ea conditione, ut creditoribus dumtaxat partem præſtet *l.* 23. *D. Quæ in fraudem creditorum.* hanc benignitatem etiam commendabat utilitas plurium creditorum: exiſtimantium, ſua intereſſe, aliquem eſſe heredem quem conveniant. præterea æquum putabatur: ne paucorum ſtultitia aut avaritia plurium commoda moraretur. Debetur tamen ea moderatio Principum Conſtitutionibus. meminit Ulpianus *l.* 10. *D. de pactis* Reſcripti D. Pii, etiam D. Marci, formæque ab eo novo huic juri datæ. quid autem velit ea forma, facile liquet ex *l.* 7. §. *ult. D. eod. tit.* ubi ait Ulpianus, hanc pactionem hodie, id eſt, hodie poſt D. Marci Conſtitutionem, ita demum obeſſe creditoribus: ſi omnes in unum convenerint, & communi declaraverint conſenſu, quota debiti parte velint contenti eſſe: vel Prætor, illis diſſentientibus, decretum interpoſuerit ex voluntate majoris partis. quæ autem ſit major pars, definit Papinianus *l.* 8, & Paulus *l.* 9. *D. eod. tit.* nec plura ad hanc partem deſideres. Illud qui diſſimulem? quod ſic loquitur Reſcriptum D. Marci: quaſi oporteat omnes convenire creditores. Sed finge, eſſe abſentes: quid dicemus?

cemus? hos ſequi præſentium exemplum. Aliquis putet, æquum eſſe, audiri omnes quos cauſa contingat: potuiſſe etiam abſentium rationem, ſi adfuiſſent, cæteros trahere in aliam ſententiam. proinde, ut non fuerit neceſſe, omnes, ſi conveniſſent, conſentire: at oportuiſſe omnes convenire. Sed hanc ſententiam prima facie non improbabilem, refellit Ulpianus *d. l.* 10. *D. de pactis: Reſcriptum*, inquiens, *D. Marci ſic loquitur, quaſi omnes creditores debeant convenire. Quid ergo ſi quidam abſentes ſint? num exemplum præſentium abſentes ſequi debeant?* Interrogationem, inquis, video: reſponſionem non video. Sed manifeſtæ interrogationi tacita inhæret reſponſio; etſi non appareat palam: uſitata loquendi forma alibi ſæpius a me annotata. Vult igitur Ulpianus, omnes creditores convocari. ſed negat, neceſſariam omnium præſentiam eſſe: ne quorumdam mora fiat, ut aliis depereat occaſio ſervandi debiti.

Certum quidem hoc reſpectu eorum qui non ſunt privilegiarii. ſed quid, ſi tales ſint? ſilet D. Marcus. at Ulpianus *d. l.* 10. putat, etiam his, ſi non habeant hypothecas, præſentium conſenſu præjudicium fieri. movit eum præſertim Reſcriptum D. Pii: jubentis, fiſcum quoque in his caſibus, in quibus hypothecas non habet, & cæteros privilegiarios ſequi exemplum creditorum. Atqui vetuſtius eſt hoc Reſcriptum forma D. Marci. Ulpiano tamen ad hanc retrahendum videtur: exemplo legum in quibus ſic obſervari, Paulus & Tertullianus tradunt *l.* 27. *&* 28. *D. de legibus*.

Caute tamen in *d. l.* 10. accipienda eſt illa Ulpiani definitio. non enim ait, abſentibus ſuum privilegium ea creditorum pactione auferri. id quoque non ita eſſe, intelligitur ex Paulo *l.* 58. §. 1. *D. Mandati*. tantum ait Ulpianus, ipſos ſequi præſentium creditorum exemplum: id eſt, oportere eſſe debiti parte contentos. proinde ſi univerſi creditores nequeant debitam ſingulis eorum partem, poſt pactionem deinde ab herede conſequi, ob ejus inopiam aut quem fatalem caſum inſecutum: adhuc placet, privilegiarios in debiti portione præferri reliquis creditoribus chirographariis. Hoc vero ſi eſt: apparet, eos privilegium quod habent inter perſonales creditores, eorum pactione non amittere: non magis, quam hypothecarii creditores ea pactione jus hypothecæ amittunt. Atque hoc ſenſu Paulus *l.* 58. §. 1. *D. Mandati vel contra*. privilegium comparat cum hypotheca. inter quæ alioquin hæc notabilis eſt differentia: quod creditoribus hypothecariis ne in debiti quidem portione cæterorum conventione præjudicatur: privilegiariis vero, etſi in privilegio non noceatur; tamen in debiti portione nocetur. utrumque recte: quippe, cum hypothecarii pro vindicanda hypotheca habeant ſpecialem in rem actionem: contra privilegiarii non habent aliam, quam unam in perſonam defuncti debitoris. Satis diximus de debitoris herede.

Supereſt, ut de fidejuſſore aut mandatore diſputemus. Sit thema ex Paulo *l.* 58. §. 1. *D. Mandati vel contra.* Lucius Titius uni ex multis creditoribus, verbi gratia, Sempronio, dedit mandatorem vel fidejuſſorem. deinde mortuo Lucio Titio, & conſentiente majore creditorum parte; a Prætore decretum eſt, ut creditores ab herede ferant certam debiti portionem. Quæritur, ſi mandator aut fidejuſſor a Sempronio creditore conveniatur ante defuncti heredem, id eſt, ante principalem reum; (quod potuit facere Jure Pandectarum & Codicis, nondum invento a Juſtiniano ordinis beneficio *l.* 3. *C. de fidejuſſoribus*) an mandator ſeu fidejuſſor in ſulidum conventus, adverſus creditorem eamdem habeat exceptionem quam habet heres debitoris? Ait Paulus, ſi creditor præſens apud Prætorem ipſe quoque conſenſit, pactum videri juſta ex cauſa: itaque rationis eſſe, ut quæ heredi datur exceptio, ea ſit & fidejuſſori & mandatori danda. Sed quid, ſi abſuerit creditor? putat Paulus, adhuc nocere ei pactionem majoris partis creditorum: ſi malit, defuncti heredem, quam fidejuſſorem, aut mandatorem, in ſolidum convenire. nimirum, quia abſens debet ſequi exemplum majoris partis creditorum: maxime ſi confirmata Prætoris decreto ſit eorum pactio. Sed quid, ſi hic creditor non eligat debitoris heredem, ſed fidejuſſorem aut mandatorem, quod facere potuit Jure Pandectarum? dicemuſne, dandam ei pacti exceptionem? Sed non putat Paulus, fidejuſſori dandam; etſi heredi detur. primum, quia habet creditor actionem non modo adverſus defuncti debitoris heredem: ſed etiam adverſus fidejuſſorem; atque is ſolvendo eſt, quamquam ſolvendo non ſit principalis debitor: iniquum porro foret, creditori aliena pactione auferri electionem conveniendi vel hunc, vel illum: perinde ac ſi quis velit, aliena pactione alterius pignus aut privilegium tolli. Id adhuc clarius fore, putat Paulus *d.* §. 1. *l.* 58: cogitantibus, potuiſſe creditorem, ſi præſens fuiſſet, id ipſum proclamare, nec deſiderare decretum Prætoris: id eſt, potuiſſe proteſtari. hoc enim ſignificat ea vox, *proclamare*, ut in illo Taciti *lib.* 13. *Annal. c.* 13. *Sed Agrippina non his inſtrui cultus ſuos, ſed ceteris arceri proclamat*. Et apud Quintilianum, *Declam.* 7. *pag. mihi* 96. *Ita non erat contra proclamationis fidem, ſi nunc agere poſſem quietum modeſtumque miſerum.* Si, inquam, præſens fuiſſet creditor: potuiſſet proteſtari, ſive palam clamare, ſe non deſiderare Prætoris decretum: quin malle, ſervato ſuo Jure adverſus fidejuſſorem, ſeu mandatorem, ultro concedere heredi perſonali pacto, non petiturum ſe ab ejus perſona ſolidam debiti quantitatem. Hoc primum Pauli in *d. l.* 58. §. 1. argumentum: eique mox ac-

cedit alterum in his verbis. *Nec enim ſi quis dixerit ſummovendum creditorem, heredi conſulitur, ſed mandatori vel fidejuſſori quibus mandati judicio eamdem partem præſtaturus eſt.* Senſus eſt: quod D. Marcus quidem voluit, heredi conſulere, ut habeat quo invitetur ad adeundam hereditatem: ſed non æque voluit, ejus fidejuſſori aut mandatori prodeſſe: eo quod hujus commodum aut incommodum ad rem præſentem nihil confert. At enim fidejuſſor, ſi ſolidum pro herede ſolvit, id ab herede recipit mandati judicio. Et ita eſt, præterquam in hac ſpecie: in qua ut ſolidum creditori ſolverit; nil recipit præter partem creditori dandam ex decreto Prætoris: propterea quod & ipſe eſt creditor debitoris reſpectu; & mandati agens, tenetur ſequi exemplum aliorum creditorum. ita ſi exceptio heredi competens, communicaretur cum fidejuſſore: magis (ut Paulus animadvertit *d. l.* 58. §. 1) ipſe adjuvaretur fidejuſſor, quam defuncti heres: cum oporteat hunc æque adverſus illum, atque adverſus reliquos creditores pacti exceptione defendi. Plane in fine *d.* §. 1. *l.* 58. ait Paulus, eſſe caſum, in quo etiam abſenti creditori denegetur in ſolidum actio adverſus mandatorem aut fidejuſſorem. is caſus eſt: ſi creditor reverſus, conſenſerit pacto majoris partis creditorum facto ex decreto Prætoris: vel ſi ab herede acceperit partem de qua convenit. & recte. quid enim refert: utrum pacto ab initio conſenſerit, an id poſtea habuerit ratum: item, utrum palam conſenſerit verbis, an tacite rebus & factis?

CAPUT XXII.

Scævolam in l. 14. D. de tranſactionibus non ſervaſſe gloriam integritatis.

Age, examinemus nunc veterem & celebrem difficultatem *l.* 14. *D. de tranſactionibus*: quam Florentiæ ita exhibet Franciſcus Taurellius. *Controverſia inter legitimum & ſcriptum heredem orta eſt: eaque tranſactione facta certa lege finita eſt: quæro, creditores quem convenire poſſunt? Reſpondit, ſi iidem creditores eſſent: [qui tranſactionem feciſſent] ſi alii creditores eſſent: propter incertum ſucceſſionis, pro parte hereditatis, quam uterque in tranſactione expreſſerit, utilibus conveniendus eſt.* Deſunt pauca perfecto ſenſui: quæ in vetuſto libro manuſcripto quem in *Adnotatis* allegat Taurellius, ejus opinione, ſic rectius ſupplentur. *qui tranſactionem feciſſent: id obſervandum de ære alieno quod inter eos conveniſſet. ſi alii.* &c. eoque modo legiſſe videntur Græci, *Baſilic. lib.* XI. *tit.* 2. *pag.* 777. *tom.* I. prætereo Accurſium, Haloandrum, & Vintimillium. Ipſe nihil improbo. vix tamen dubito, quin Florentina lectio ſit a manu Scævolæ, etiam alibi utentis locutionibus obſcuris aut imperfectis. Ne exemplum deeſſet, appoſui ſequentia verba ex *l.* 29. §. 12. *D. de liberis & poſthumis. Et rogo: ſi filium habeas & nepotem nondum natum tantum ex eo heredem inſtituas, filius decedat, mox vivo te nepos naſcatur? Ex verbis dicendum eſt non rumpi teſtamentum.* Scævola ait, ſe rogare. at quid? non liquet ex interrogatione. tantum ex reſponſione intelligitur, eum rogare, an rumpatur teſtamentum. Exemplum hoc dedi a Scævola ſuperiori ſimile. liceret plura petere ab aliis. ſed prævenit diligentiam meam Gulielmus Budæus, *Annot. ad Pandect. pag.* 76, *& ſeq.* & poſt eum Franciſcus Duarenus *lib.* 1. *Diſput. Anniv. c.* 50: in ſuis obſervantes Anantapodotum, ſchema; ſi ſchema habendum quod in ſermone ſit excuſandum magis, quam laudandum, certe non facile imitandum: optima oratione perfecta & maxime perſpicua. Quintilianum audi *lib.* 8. *Inſt. orat. c.* 2. *p.* 578. *Nobis prima ſit virtus perſpicuitas, propria verba, rectus ordo, non in longum dilata concluſio: nihil neque deſit, neque ſuperfluat. ita ſermo & doctis probabilis, & planus imperitis erit.* Verum hæc utcumque accipientur, non verterim manum: hærent enim circa verba *d. l.* 14. ad rem non pertingunt.

Illud quæri dignum: an eo in loco Scævola ſervarit gloriam integræ veritatis? non putavi olim juvenis. quin anſus fui, (quæ erat mea fiducia) contra Scævolam ſtare *Probabilium lib.* 2. *c.* 2. nunc flexa ætate, alia quis exſpectet. at ego cauſam mutandæ ſententiæ nondum inveni vel probabilem: quamquam ſæpe & multum quæſivi aliquam. igitur pergo opinari, dediſſe Scævolam in *d. l.* 14. amicitiæ aut gratiæ: ut a Juris regulis ſe moveret longius, quam oporteret. ſpecies ſane de qua conſulitur, non eſt difficilis, nec obſcura: licet ipſe præ ſe ferat aliter: & eam multifariam implicent doctiſſimi Interpretes. ſpecies proponitur talis. Controverſia inter legitimum & ſcriptum heredem orta eſt: eaque tranſactione facta eſt finita: hac lege, ut heres ſcriptus, retenta parte certa hereditatis, reliquam partem concedat legitimo. urgent deinde defuncti creditores ſolutionem æris alieni. quæritur, quem debeant convenire, heredem ſcriptum, an legitimum. Hæc ſpecies, hæc quæſtio: utraque brevis & ſimplex; neutra involuta aut diſtorta ambagibus. quid Scævola? ſic reſpondet: Aut ſunt iidem creditores qui fecerunt tranſactionem, aut ſunt alii. ſi iidem ſunt: oportet eos obſervare quod de ære alieno inter ſe pepigerunt. ſi alii ſunt: rationis eſt, utrumque heredem pro parte hereditatis quam in tranſactione expreſſerit, conveniri. nec deeſt Scævolæ cauſa aut potius color. ea cauſa atque is color fuit incertum ſucceſſionis. eo prætextu decurrit ad actiones utiles quaſi ex æquo & bono.

Per-

Perperam. meo judicio, ſolus heres eſt, teſtamento ſcriptus. iſque defuncti creditoribus in ſolidum tenetur directis actionibus. Non arceſſam documenta: re loquente, ſcriptum jam ex teſtamento fuiſſe heredem aditione factum, ante ortam inter eum & legitimum controverſiam: eaque ſequuta & tranſacta, heredem eſſe non defiiſſe. Siccine? licet diſſentire: invito nihil extorqueo. tantum peto: ſi cui non videatur heres ſcriptus in *d. l.* 14. hereditatem adiiſſe, priuſquam illi mota a legitimo fuit controverſia: mihi exponat; cur putetur, id feciſſe in *l.* 3. *D. eod. tit.* ut ut eadem ſit utriuſque ſpecies: verba conſiderantibus. Omitto *l.* 3. examinemus *l.* 14. Ullumne vel in ea indicium ortæ controverſiæ ante hereditatem a ſcripto herede aditam? non video, ne minimum quidem. tu ſi habes: oſtende. ſi cares: noli fingere quod in facto non poſuit Conſultor; nec in Reſponſo notavit Scævola. alioquin vis perſuaſum quod docere non potes. Præter hæc dic: (ſcire enim cupio) quo pacto potuerit inter heredem ſcriptum & legitimum oriri controverſia ante aditam hereditatem. Non eo inficias, potuiſſe illi ab hoc injici metum futuræ controverſiæ: facta comminatione de movenda poſt aditionem controverſia. At primum quod eſt hujus comminationis ad quam res ſubſtiterit, in *d. l.* 14. veſtigium? nullum. Deinde quæ timeri poteſt controverſia, ea non eſt orta controverſia qua de loquitur Scævola: tantum eſt ſuſpicio orituræ, id eſt, futuræ ſeu movendæ controverſiæ: cum orta controverſia ſit mota controverſia in Vetere Lapide quem poſui *lib.* 3. *De fœnore & uſuris cap.* 10. Ulpianus *l.* 6. §. *ult. D. de inofficioſo teſtamento* dicit cœptam controverſiam vel præparatam; & hanc diſcernit a movenda inofficioſi querela. Eodem modo Paulus in *l.* 4. *D. Si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit* illatam litis controverſiam diſtinguit a minis. *Iniquum*, inquiens, *erat*, *omnimodo caveri*, *nondum illata controverſia litis*, *cum poſſint ei luſoriæ minæ fieri.* Imp. quoque Autoninus *l.* 2. *C. de tranſactionibus* litis timorem ſeparat a quæſtione hereditatis. Antonini verba ſunt. *Etſi nulla fuiſſet quæſtio hereditatis*, *tamen propter timorem litis tranſactione interpoſita.* Jam Cicero, *Pro Quintio*, *Appellat*, inquit, *ultro Nævium*, *ut quoniam ſuſpicaretur aliqua de re fore controverſiam*; *videret*, *ut quam primum & quam minima cum moleſtia tota res tranſigeretur.* Alia igitur eſt orta, alia oritura controverſia. orta eſt præſens: ut *Orta fulguris interpretatio*, apud Tacitum *lib.* 14. *Annal. c.* 22, eſt præſens. De utraque controverſia, peræque licita tranſactio eſt. apud Scævolam tamen *d. l.* 14. non provocavit eam orituræ metus controverſiæ: ſed, ut ipſe ait, orta controverſia. cæterum quo modo fuerit inter heredem ſcriptum & legitimum orta ante aditam hereditatem, id eſt, ante natam legitimo contra ſcriptum actionem, non conjicio. lubet facere periculum. ſit querela inofficioſi teſtamenti. umquamne naſcitur ante aditam hereditatem? nullo modo. auctor Ulpianus *l.* 8. §. 10. *D. de inofficioſo teſtamento.* quid, ſi vertatur hereditatis petitio ex alia cauſa, quam de inofficioſo? nempe datur ei qui ſuam eſſe hereditatem contendit *l.* 1. *pr.* & §. 1. *D. Si pars hereditatis petatur*, atque adverſus eum qui totam, vel ejus partem, vel ex ea jus, vel rem aliquam poſſidet pro herede vel pro poſſeſſore *l.* 8. *l.* 9. *l.* 10. *D. de hereditatis petitione.* In utraque igitur ſpecie res huc redit: ut cum Scævola, *Controverſia*, inquit, *inter legitimum & ſcriptum heredem orta eſt:* nulla ſit mora, ne heres ſcriptus hereditatem adierit ante ortam inter eum & legitimum controverſiam: ſiquidem nulla inter eos de hereditate ante oriri potuit controverſia: nulla inter eos ante nata actione.

At ſi ſcriptus jam ex teſtamento heres fuit ante ortam inter eum & legitimum controverſiam: quis deinde legitimo relinquitur locus? certo, quamdiu eſt heres ex teſtamento, tamdiu legitimum non admitti *l.* 89. *D. de regulis juris:* quando jus noſtrum non patitur, eumdem in paganis & teſtatum & inteſtatum decedere *l.* 7. *D. de regulis juris*, nc inſtituta quidem querela, niſi ſequatur ſententia. *l.* 24. *D. de inofficioſo teſtamento:* quo caſu teſtamenti factionem habuiſſe defunctus non creditur *l.* 17. §. 1. *D. eod. tit.* Non minus verum eſt, quod ſemel heres factus, eam perſonam non deponit *l.* 88. *D. de heredibus inſtituendis*, non dicam amiſſis tranſlatiſve bonis hereditariis: ſed ne ceſſione quidem hereditatis in jure ſolemniter facta apud Prætorem. ut enim hanc cedat maxime: utique manet heres, nec a defuncti creditoribus liberatur. quod ſi eſt: (ut eſt veriſſimum fide Ulpiani *in Fragm. tit.* 19) cur laborat Scævola in *d. l.* 14? putat, hereditatem aditam ab herede ſcripto, ejus pactione tranſire ad legitimum vel in totum, vel pro parte? nimirum vult, quod civile ac ſolemne Jus non mutat, ceſſione in jure facta apud Prætorem, id pacto ſine ceſſione fieri. at ridiculum eſt: hereditas enim non defertur pacto, ſed publico jure, id eſt, teſtamento aut lege §. *ult. Inſt. Per quas perſonas cuique adquiritur:* nec magis pacto mutatur jus ſucceſſionis; cum privatorum cautio legum auctoritate non cenſeatur *l. ult. D. de ſuis & legitimis heredibus.* Atque hæc quo magis cogito, eo magis mihi perſuadeo, Scævolam non reſpondiſſe ex animi ſui ſententia: ſed in gratiam amici, ſub colore incertæ ſucceſſionis, a Jure certo abiiſſe. Mallem equidem benignius ſentire; ſi liceret. at fas non eſt, ſalva Juris reverentia: ſive ad heredem ſcriptum, ſive ad legitimum ſpecto. ille enim ex teſtamento heres factus ante ortam controverſiam, nulla ex parte de-

ſit tranſactione heres eſſe. hic non potuit hereditatem ex lege adire, impediente teſtamento; nec tranſactione ſuccedere, deficiente Jure. qua igitur fronte eam in ſententiam Scævolæ: ſine neceſſitate fingentis incertum ſucceſſionis: eoque prætextu ambigentis, quem & quibus actionibus convenire debeant creditores: nemine dubitante, quin heres ſuccedat in omne jus defuncti *l. 37. D. de adquirenda hereditate*; ejuſque creditoribus in ſolidum obligetur *l. 8. D. eod. tit.* Sunt hæc procul dubio certa: ſi ponamus, ut oportet, hereditatem eſſe a ſcripto aditam ante ortam inter eum & legitimum controverſiam. Nec aliud jus eſt: ſi quis neget, ſcriptum fuiſſe heredem ante ortam controverſiam: dum mihi concedat, eum heredem eſſe tranſactione cœpiſſe, ſi non ex aſſe, ſaltem ex parte. quantum enim liquet ex verbis *d. l.* 14, quibus continetur factum de quo conſultus Scævola eſt: non fuit ea tranſactione actum, ut hereditatem repudiaret heres ſcriptus: ſed ut hereditas qua de erat illi cum legitimo controverſia, inter utrumque divideretur in certas partes. igitur non voluerunt tranſigentes, ut hic, aut ille, totam haberet hereditatem: ſed ut uterque haberet ex ea partem certam. at ſi ſcriptus eſt heres factus, conſentiente in partem legitimo: quo argumento videtur Scævolæ incerta defuncti ſucceſſio? cum conſtet, quamdiu poſſit valere teſtamentum, tamdiu legitimum non admitti: prohibente Civili Jure, aliquem pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum decedere. Atqui in tranſactione expreſſum eſt: ut uterque haberet hereditatem pro certa parte. Sit ita ex mente tranſigentium. at ego non illorum voluntatem, verba, pactionem denique quæro; ſed Juris formam, uſum, ac poteſtatem. conſtitit autem, pacto non mutari jus ſucceſſionis; nec privatorum cautionem legum auctoritate cenſeri *l. ult. D. de ſuis & legitimis heredibus.* adeo quamvis inſtituta inofficioſi teſtamenti accuſatione, res tranſactione ſit deciſa, tamen teſtamentum in ſuo jure manere, Ulpianus ſcribit *l. 29. §. 2. D. de inofficioſo teſtamento.* Non igitur efficit tranſactio; ut legitimus ſit ex parte heres, etſi ſinat ſcriptus: non etiam facit, ne ſcriptus ſit ex aſſe heres, etſi ipſe nolit. eſt enim certus auctor Ulpianus *l. 10. D. de adquirenda hereditate*, ex aſſe heredem, ſi deſtinaverit habere partem hereditatis, videri in aſſem pro herede geſſiſſe. Paulus etiam ait, eum qui poteſt totam hereditatem adquirere, pro parte eam ſcindendo adire non poſſe *l. 1. D. eod. tit.* Sed finio. ſatis enim demonſtratum eſt, in propoſito unum haberi heredem ſcriptum: ſive hereditatem adiit, orta controverſia, & per tranſactionem finita, ſive ante: ideoque eum defuncti creditoribus in ſolidum teneri directis actionibus: quidquid dicat Scævola de ſucceſſionis incerto, deque dividendis inter utrumque actionihus utilibus: explorato, creditorum petitionem nec tolli debitorum pactionibus, nec mutari *l. 25. C. de pactis.* fuerit tamen hoc conſequens ſententiæ Scævolæ, diviſis inter ſcriptum & legitimum actionibus. pone, legitimum eſſe inopem: pone, eſſe potentiorem ſcripto. illic inanis fiet actio oh inopiam adverſarii, iſtic durior ob potentiam. age vero, ut par ſit utriuſque conditio: adhuc diſtringetur in plures adverſarios is, qui ab uno jus ſuum conſequatur & melius & facilius.

Sane ſic eſſe, ipſe Scævola confitetur: ſed judicio uſus minus ohnoxio in *l. 3. D. de tranſactionibus*, verbis ſequentibus. *Imperatores Antoninus & Verus ita reſcipſerunt. Privatis pactionibus non dubium eſt non lædi jus cæterorum. quare tranſactione quæ inter heredem & matrem defuncti facta eſt, neque teſtamentum reſciſſum videri poteſt, neque manumiſſis vel legatariis actiones ſuæ ademptæ. quare quidquid ex teſtamento petunt, ſcriptum heredem convenire debent, qui in tranſactione hereditatis aut cavit ſibi pro oneribus hereditariis, aut ſi non cavit, non debet negligentiam ſuam ad alienam injuriam referre.* Sic Scævola: non reſpondens jam amico de jure conſulenti; ut in *d. l.* 14. quæ eſt ex ejus *libro ſecundo Reſponſorum:* ſed artem docens ſincere & ſine affectu: monſtrante tam Inſcriptione quæ præfert Scævolæ *lib.* 1. *Digeſtorum:* quam toto capite quod unius Reſcripti recitatione finitur. ſpecies talis eſt. Teſtator, præterita matre in teſtamento, aliquem inſtituit heredem. idem teſtator quibuſdam amicis dat legata, & ſervos aliquot manumittit. mortuo deinde teſtatore, heres adit hereditatem ex teſtamento. mater queritur, ſe a filio eſſe præteritam contra officium pietatis. heres ſcriptus cum ea decidit portione hereditatis. legatarii ab herede petunt legata ſibi teſtamento relicta. Quæritur, an jure? movet dubium: quod tranſactione hereditatis bona quædam venerunt ad matrem. Quid Scævola? adfert Reſcriptum Imperatorum, Antonini & Veri: exiſtimantium, legata debere a ſcripto herede exigi actione ex teſtamento. & recte: nam abſque tranſactione foret: ea actione teneretur. nunc facta tranſactione, quid ni ea maneat obligatus? an enim idcirco quod mota eſt querela inofficioſi teſtamenti; eamque ſuſtulit tranſactio: idcirco reſciſſum eſſe teſtamentum, cenſeri poteſt? negant Imperatores. veriſſime: nam tum demum creditur defunctus, ubi contra teſtamentum ut inofficioſum judicatur, non habuiſſe teſtamenti factionem. non idem eſt: cum actor ſponte deſiſtit a mota querela, aut de ea tranſigit, accepta parte. adjice his: quod privata conventio etſi noceat paciſcentibus, alios tamen ut lædat, non putant juſtum eſſe Imperatores: ideoque ajunt, tranſactione quam heres fecerit cum defuncti matre, neque reſciſſum eſſe teſtamentum, neque ademp-

emp-

emptas manumiſſis vel legatariis eſſe actiones. At enim heres tranſactione amiſit partem bonorum hereditariorum. Quid tum? nam alia eſt hereditas, alia ſunt bona hereditaria: his ſingula deſignantur corpora; illa univerſitas venit etiam ſine corporibus: iſta in oculos incurrunt & ſub tactum cadunt; illa animo cernitur, manu non tangitur *t. t. Inſt. de rebus corporalibus:* poſtremo quæ heres ex hereditate habet, hæc ei facile & fortuna & injuria aufert: ipſe etiam poteſt ea ſua voluntate a ſe dimittere: contra hereditas etiam his traditis amiſſiſve, durat & heredem ſequitur *l.* 43. §. 3. *D. de vulgari ac pupillari ſubſtitutione.* Optime igitur (ſi audimus Imperatores) heres ſcriptus, licet rebus hereditariis cum hereditatem, tum teſtamentum redemerit, quia retinet hereditatem ex teſtamento aditam, legatariis ac manumiſſis ex teſtamento tenetur. fac tamen, paſſum eſſe, in tranſactione ſibi caveri pro oneribus hereditariis. adhuc putant Imperatores, convenire formæ Juris Civilis, ipſum legatariis ac manumiſſis teneri: conventumque adverſus matrem cum qua de oneribus pactus ſit, ſuo ordine experiri, exemplo emptæ venditæque hereditatis: de qua in *l.* 2. *C. de hereditate vel actione vendita.* quid, ſi non cavit ſibi? habet, inquiunt Imperatores, quod ſibi imputet: at non debet ſuam negligentiam ad alienam injuriam referre. Ita apud Scævolam Imperatores *d. l.* 3. Nec aliter opinatur lib. 5. Opinionum Ulpianus *l.* 29. §. 2. *D. de inofficioſo teſtamento: Quamvis,* inquiens, *inſtituta inofficioſi teſtamenti accuſatione, res tranſactione deciſa ſit, tamen teſtamentum in ſuo jure manet, & ideo datæ in eo libertates atque legata, uſque quo Falcidia permittit, ſuam habent poteſtatem.* Sic Ulpianus: & meæ convenienter ſententiæ. Igitur quid eſt, cur audacior videar: quod auctoritate Juris, quod teſtimonio Ulpiani, ipſiuſque Scævolæ victus, adhuc ſuſpicor, Scævolam in *d. l.* 14. ſucceſſionem quæ erat certa, dixiſſe incertam: ut gratiæ locum daret, atque imaginaria facti ambiguitate juvaret amicum: quem abſque eo colore eſſet, ſervare, ſalvo Jure, non poſſet? Niſi aliquis dicet, intereſſe pulcherrimæ Artis, ejus Auctores non accuſari imprudentiæ tam indecoræ. At non intercedo, quo minus delectetur, cui lubeat, talibus ad populum phaleris. mea ratio eſt, verum quærere, & inventum monſtrare Juris ſtudioſis. Sed nec eſt ſemper omnium hominum eadem de honeſto & turpi ſententia. ita videatur ſectæ hujus temporis hoc Scævolæ factum non eſſe hominis probi: non tamen id ab officio viri boni omnino alienum eſſe, exiſtimavit vetuſtas. Sed hoc ex Theophraſti, Ciceronis, aliorumque præceptis olim obſervavit Aulus Gellius *lib.* 2. *Noct. Atticar. c.* 3. & ex illo ipſe annotavi *lib.* 2. *Probabilium c.* 2.

Dixi quæ de Scævolæ ſententia habui dicere. Nec ignoro, eſſe ab aliquot annis complures Doctos viros qui hac mea obſervatione, quaſi claſſico excitati, diverſo commenti genere decurrant ad Scævolæ defenſionem. Sed non memini, ab his adduci quod Scævolam abſolvat: modo conſiſtatur intra ſpeciem de qua conſulitur Scævola. aliam enim quæri, quam quæ in *d. l.* 14. proponitur, quid attinet? Nempe rogatus fuit Scævola de facti ſpecie, de qua erat, ut ipſe ait, controverſia. ejus autem ſpeciei fines Scævolam in reſpondendo egredi non oportuit. Niſi quis putet, de Jure conſultum officio ſuo ſatisfacere: ſi Conſultori de facto alio, quam ei propoſitum fuit, reſpondeat. Sed hoc nimis abſurdum. non enim ſic Conſultoris deſiderium, quod debet, implet: ſed quod non debet, eum ludibrio habet. utcumque: uſum quem præbet tale reſponſum? Sit igitur ei qui auxilio eſſe Scævolæ cupiat, ſola hæc examinanda ſpecies quæ eſt *d. l.* 14, *Controverſia inter legitimum & ſcriptum heredem orta eſt: eaque tranſactione facta, certa lege finita eſt.* Hæc ſpecies: in eaque ſimpliciter accipiendus eſt *legitimus* heres qui ſine teſtamento venit ex lege ab inteſtato: ſcriptus contra, qui teſtamento inſtitutus eſt. id convenit rationi & mori propoſiti ad conſulendum facti: in quo nihil obſcure, nihil ambigue, nihil improprie dici oportet. Ex hac ſpecie porro formanda quæſtio: quæ ipſa quoque verbis *d. l.* 14. continetur: ea quæſtio eſt, *Creditores quem convenire poſſunt?* ſenſus quæſtionis, uter a defuncti creditoribus conveniri debet, legitimus, an ſcriptus? Sit igitur hæc ſpecies, hæc quæſtio, atque hoc ſenſu tractanda. Quid Scævola? ut debet, continet ſe intra facti ſpeciem: ſed quod non debet, negligit Juris formam: non palam: ſed adhibito colore plane imaginario. is color eſt incertum ſucceſſionis: quod, ut dixi, nullum eſt in propoſita ſpecie. ait tamen Scævola, fieri ob incertum ſucceſſionis: ut neque ſcriptus heres, neque legitimus debeat in ſolidum conveniri actionibus directis: (quæ Juris forma obſervanda foret; ſi ad certum accederet ſucceſſio) ſed ut uterque ſit actionibus utilibus conveniendus pro parte hereditatis. Hoc vero reſponſum eſt mihi ſuſpectum, rem ex vero æſtimanti ſine affectu. abhorret enim a forma Civilis Juris; ut docui: conſentire vero cum ea, oſtendit nemo: etſi alii alia attulerint ad Scævolæ ſpeciem, aut ad Scævolæ verba, ejuſque ſenſum minime pertinentia. igitur nemo Scævolam, ſicut oportet, defendit; neque, puto, defendet umquam: quia defendi non poteſt, ſalvo Jure.

Caput XXIII.

An & quando quis futuro heredi pacto ſuo poſſit prodeſſe aut nocere?

Sed apparet ex *d. l.* 73. §. *ult. D. de regulis juris*, Neminem paciſcendo alteri cavere aut nocere poſſe. Nunc addenda eſt exceptio: niſi alter fictione Juris habetur idem paciſcenti: quo ex genere eſt teſtator & heres, pater & filius in ejus poteſtate exiſtens, item dominus & ſervus. De herede res certa, ei prodeſſe defuncti pactum: ſive ei nominatim cavit *l.* 33. *D. de pactis*: ſive eum non nominarit: cum utique poſt mortem ſuam ab eo repræſentetur *l.* 9. *D. de probationibus. l.* 8. §. *pen. D. de pigneratitia actione.* debet tamen ei caviſſe tamquam heredi. nam ſi extraneo pactus ſit: non valet pactum, etſi eum heredem inſtituit: quippe cum verum ſit, quod ab initio vitioſum eſt, ex poſtfacto non convaleſcere *l.* 17. §. 4. *D. de pactis.* Sed nec illud omittendum eſt, quod defuncti pactum heredi tum prodeſt demum, ſi unus ſit, aut cum plures ſunt, defunctus omnibus cavet: cæterum ſi plures habet heredes, & uni nominatim cavit; non valet pactum, niſi ſi ſit, Ne a Titio ejus herede petatur *d. l.* 33. *D. de pactis*, at ſi tale ſit, ut Titio & ejus heredi Sejo dentur centum; non valet: nempe, ne quis alteri adquirat, qualis Titio Sejus ea in ſtipulatione eſt; cum eum e Lege Duodecim Tabularum quæ omnes defuncti obligationes inter heredes dividit ipſo jure, non repræſentet ultra portionem hereditariam. Hoc, ſi ſit dandi obligatio. quod ſi in faciendo conſiſtat; ut mihi & Titio heredi ire agere licere ſpondes; valet, & ſoli Titio prodeſt *l.* 137. §. *fin. D. de verborum obligationibus:* quia facta inter plures heredes Lege Duodecim Tabularum non dividuntur.

Sed quemadmodum defuncti pactum poteſt heredi prodeſſe; ita ei nocere nihil vetat. *l.* 52. §. 1. *D. de pactis:* ſive ſit unus, ſive ſint plures: modo nil fiat contra Legem Duodecim Tabularum, defuncti æs alienum inter coheredes ipſo jure dividentem. proinde valet pactio, Ne uni ex heredibus ſolvatur quod ei debebitur diviſo defuncti ære alieno. tunc enim illi nocet pactum; neque diviſio Legis Duodecim Tabularum læditur. cæterum, ut unus nihil ſolvat, alter ſolidum ſolvat, nulla pactione effici poteſt: cum Duodecim Tabulis repugnet; & heredem oneret, ubi defunctura non repræſentat *l.* 33. *D. de pactis, juncta l.* 56. §. 1. *D. de verborum obligationibus.*

Caput XXIV.

De pacto patris & filii in poteſtate exiſtentis. item de pacto ſervi qui ſit in domini poteſtate.

Venio ad filiumfamilias & patrem. nam & hi Jure Civili pro iiſdem habentur. Lactantius *lib.* 4. *Divin. Inſtit. c.* 29. *Cum quis habet filium quem unice diligit; qui tamen ſit in domo & manu patris, licet ei nomen domini poteſtatemque concedat, civili tamen jure & domus una & unus dominus habetur.* Igitur paciſcente filio, Ne a patre petatur; valet pactum, & adquirit patri exceptionem. nec refert, utrum paciſcatur de eo quod cum ipſo, an de eo quod cum patre, contractum eſt *l.* 17. §. *ult. l.* 18. *l.* 19. *D. de pactis.* Quid, ſi paciſcatur filius, Ne a ſe petatur? jam ſi ipſe conveniatur, (quod poteſt fieri *l.* 39. *D. de obligationibus & actionibus*) proderit ei pactum: nec minus patri, ſi de peculio, vel de in rem verſo, vel quaſi defenſor filii, ſi hoc maluerit, conveniatur *l.* 19. §. 1. *l.* 20. *D. de pactis.* proderit quoque heredi patris, vivo filio. poſt mortem vero filii, nec patri proderit, nec heredi ejus: quia perſonale pactum eſt *l.* 21. *D. eod. tit.*

Quod de filio dixi, poteſt de ſervo dici: ſive paciſcatur de eo quod cum ipſo, ſive de eo quod cum domino contractum eſt: maxime ſi in rem pactus ſit; vel ita, Ne a domino petatur. quod ſi paciſcatur, Ne a ſe petatur: non valet pactum: quia petere eſt, judicio petere: cum ſervo autem nulla actio eſt *l.* 107. *D. de regulis juris*, nullum judicium *l.* 6. *C. de judiciis.* ſi tamen in rem pactus ſit; proderit domino & ejus heredi pacti exceptio. quod ſi in perſonam ſit conceptum pactum; tunc ſupereſt domino non pacti, ſed doli exceptio *d. l.* 21. §. 1. *D. de pactis.* illa ſubſidiaria exceptionis pacti *l.* 10. §. 2. *D. eod. tit.* nempe (quia doli exceptio non tam ex facto paciſcentis naſcitur, quam ex dolo volentis, ſibi occaſione Juris Civilis prodeſſe contra naturalem æquitatem *l.* 1. §. 1. *D. de doli mali & metus exceptione*) ea utuntur quidam qui pacti exceptione uti non poſſunt; ſuadente perſonarum obligationumve conjunctione *d.* §. 2. *l.* 10.

Poſſunt igitur filius & ſervus pacto ſuo patri vel domino prodeſſe. an & nocere? nullo modo. poteſt enim conditio noſtra per eos melior fieri; deterior fieri non poteſt *l.* 133. *D. de regulis juris.* porro actio de qua paciſcuntur, non eſt eorum, ſed patris aut domini. ſi tamen de re peculiari cujus liberam habent adminiſtrationem, paciſcantur, modo non do-

na-

nationis cauſa: nihil cauſæ eſt, cur non paciſci poſſint *l.* 28. *D. eod tit.* cum ex patris vel domini voluntate paciſci intelligantur. imo videndum eſt in perſona filiifamilias, ne aliquando, & ſi pactus ſit, ne agat, valeat pactio *l.* 30. *D. eod. tit.* quia aliquando filiusfamilias habet actionem, veluti injuriarum *l.* 18. §. 1. *D. de judiciis*, *l.* 17. *D. de rebus creditis*, *l.* 13. & *l.* 9. *D. de obligationibus & actionibus.* ſed cum pater quoque habeat actionem, propter injuriam filio factam; dubitari non oportet, quin pactio filii patri nocitura non ſit *d. l.* 30. Sic in filiofamilias.

Quid, ſi pater vice verſa caverit filio quem habet in poteſtate? & quidem ſi pactus ei ſit quaſi heredi: procul dubio proderit ei pactum. quod ſi pactus ei ſit tamquam filio, non tamquam heredi: non placet Paulo, prodeſſe filio pactum, etſi patri heres exiſtat *l.* 17. §. 4. *D. de pactis.* Atqui filii pactum prodeſt patri. Sed intereſt: quod liberi Jure Civili patri cujus in poteſtate ſint, & jus & factum adquirunt: pater contra liberis tantum quod juris eſt, & patri adquiri poteſt, adquirit: ſcilicet, quia tum perinde habetur, ac ſi adquirat ſibi; cum quod juris eſt, ne momento quidem in perſona filii conſiſtat, ſed ſtatim patri adquiratur. quod ſi pater factum conferat in perſonam filii; non competit patri actio, ut ſibi facere liceat: quia non voluit pater ſe, ſed voluit filium facere id cujus capax eſt: nec magis filio competit actio; quia ſi ejus foret, eſſet patris: quod pater noluit. inutilis igitur eſt ſtipulatio *l.* 130. *D. de verborum obligationibus.* Sic in ſtipulatione. unde de pacto conjectura fieri poteſt. nam in pacto magis factum, quam jus verſari, Paulus ait *l.* 27. §. 2. *D. de pactis.* finge: (ut explicem *l.* 21. §. 2. *D. eod. tit.*) pater filio ſuo pactus eſt. non prodeſt filio patris pactum ex ſententia Pauli *d. l.* 17. §. 3. ut ante monui. patri tamen prodeſſe, ait Proculus *d. l.* 21. §. 2. an recte? nam ſi putat Proculus, pactum patris, Ne a filio petatur, prodeſſe patri, cum convenitur filii nomine: errat. an pater impetrans a creditore pactum, Ne a filio petatur, paciſcitur, Ne a ſe petatur? nequaquam. qui igitur poteſt uti pacti exceptione, ſi a creditore ipſe conveniatur? voluit enim creditor jus ſuum retinere integrum adverſus patrem, etſi noluit integrum ſervare adverſus filium. atqui pater eſt idem filio. nempe in his quæ juris ſunt: non in his quæ ſunt facti. non enim natura eſt una patris & filii perſona, ſed juris fictione: quæ nulla eſt in re facti, ut eſt pactum. ergo pactum a patre factum, Ne a filio petatur, neque patri prodeſt, quia non eſt ſibi pactus; neque filio, quia non poteſt ei paciſci pater. ſed nec patri, ſi filii nomine convenitur; quia quod ipſi inutile eſt, nec defenſori competit. quid igitur voluit Proculus: *Nos*, inquiens, *his qui in noſtra poteſtate ſunt*, *paciſcendo prodeſſe non poſſumus*, *ſed nobis id profuturum. ſi nomine eorum conveniamur?* Poſſit quis metuere, ne erret Proculus. ſed magis putat Paulus, obſcuram eſſe ejus locutionem, & aliqua regendam interpretatione. Ea modeſtia uſi aliquando Veteres, imprudentibus aliorum verbis. Exemplum *l.* 19. §. 2. *D. de receptis.* Eodem modo Paulus, *Hoc*, inquit, *ita recte dicitur*, *ſi in paciſcendo id actum ſit:* hoc eſt, ſi in rem pactus eſſe pater proponatur: verbi gratia, Ne teneatur filius *l.* 40. *D. eod. tit.* vel hoc modo, Ne petatur quod filius debet. tum enim patris pactum, etſi filio non proſit, tamen patri prodeſt; ſi conveniatur filii nomine. *cæterum*, id eſt, alioquin, *ſi paciſcar*, *Ne a filio petas*, (ſic ingenioſe legit Cujacius: cum edatur, *Ne a Titio*, *petas*) *deinde actionem adverſus me nomine ejus inſtituas: non eſt danda pacti conventi exceptio. nam quod ipſi inutile eſt*, *nec defenſori competit.* Subjicit præterea Paulus *Julianum quoque ſcribere*, *Si pater pactus ſit*, Ne a ſe, neve a filio petatur: *magis eſſe*, *ut pacti exceptio filiofamilias danda non ſit.* Recte. nam pater, quatenus paciſcitur, Ne a ſe petatur, etſi addidit, neve a filio petatur, utique ſibi pactus eſt: quod ei licet. quid ni igitur danda ei eſt ex ſua pactione pacti exceptio? quatenus vero paciſcitur, Ne a filio quoque petatur; non eſt filiofamilias danda pacti exceptio: quia non eſt pactus ſibi, qui ſibi paciſci poteſt; ſed ei pactus eſt ejus pater qui non poteſt ei paciſci. ſi tamen doli exceptione utatur filius: neque Julianus, neque Paulus reſiſtit, quo minus ea utatur *d. l.* 21. §. 2, ut ſæpe alibi, ſuadente perſonarum obligationumve conjunctione.

Caput XXV.

An perſonis conjunctis non exiſtentibus in poteſtate paciſcentis aut ſtipulantis; ejus pactione aut ſtipulatione adquiritur exceptio pacti, aut actio ex ſtipulatu?

Satis de pacto patris & filii, in ejus poteſtate exiſtentis. nam de patris & filii emancipati, item matris & filii, aut avi materni & nepotis pactis nil attineret quærere: (omnes enim ſibi extranei ſunt) niſi eſſet in his notabilis difficultas propter aliquot leges quibus perſuadent ſibi Interpretes doctiſſimi, effici patris, matris, & avi materni, affectione ac voto; ut per eos liberis quæratur pacti exceptio, atque etiam actio, non quidem directa, ſed utilis. igitur non recuſabo, de his pactis paulo diligentius diſputare.

Pri-

Primum, ſi pater filium emancipat: fit filius patri ſuo extraneus *l. 55. §. 1. D. de ritu nuptiarum:* ita quia deſinit eſſe idem patri ſuo, placet Ulpiano *l. 10. D. de tranſactionibus*, *De re filiorum quos in poteſtate non habuit, tranſigentem patrem minime eis obeſſe.* Non magis prodeſt filio emancipato patris ſtipulatio: ſi audimus Impp. Diocletianum & Maximianum *l. 26. C. de jure dotium*, cuidam Demoſtheni ita reſcribentes. *Si genero dotem dando pro filia pater communis* eam reddi tibi extraneo conſtituto *ſtipulatus eſt, nec ſibi ceſſante voluntate, nec tibi prohibente jure quærere potuit* [*actionem*]. De filio emancipato loqui Imperatores, tam hæc indicant verba, *pater communis*, quam illa, *tibi extraneo conſtituto:* ut bene obſervavit Thalelæus, *Baſilic. lib. 29. tit. 1. tom. 4. pag. 654. lit. Z.* Sed lubet, propius conſiderare Reſcripti ſpeciem. Pater cum genero dotem daret pro ſua filia; ab eo ſtipulatus eſt, eam reddi Demoſtheni filio ſuo emancipato. ex hac ſtipulatione orta dubitatione: rogat Demoſthenes Imperatores; utri quæſita ſit ex ſtipulatu actio, patri, an ſibi? primum negant Imperatores actionem patri; & præfantur, quod etſi ſtipulatus pater ſit, tamen non eſt ſibi ſtipulatus: noluit porro ſibi adquirere qui non eſt ſibi ſtipulatus. hoc primum Imperatores. deinde ajunt, nec Demoſtheni eſſe quæſitam actionem: & cauſantur, quod ut ſtipulatus ei ſit pater, tamen is emancipatione erat jam patri ſuo factus extraneus: cui adquiri actionem ex ſtipulatu, Jure Civili prohibetur. Hoc fine ſubſiſtunt Imperatores: nec cogitant ulterius. Sed invitos longius trahunt Interpretes: rati, eos quidem Demoſtheni non dare actionem directam ex ſtricto jure; ſed id non vetare, ne videantur ei adhuc actionem utilem ex æquitate permittere. Male. etſi memini, me tale quid aliquoties obſervare in Fragmentis Juriſconſultorum: quibus ſit libido, diſputare de regula Juris, omiſſa æquitate eam attemperante. at in Principum Reſcriptis ſimile non memini. nec cauſa eſt, cur occurrat. an eſt Principis de jure conſulti, attingere jus ſtrictum, & negligere æquitatem ei contrariam, in primis uſu receptam? at Imp. Conſtantinus *l. 1. C. de legibus* ait, ſolis licere Principibus, ſoloſque oportere jus ſtrictum æquitate, quam nova commendet utilitas, aut mutare, aut mollire. hoc vero facturos non fuiſſe, opinamur: ſi (quod vulgo jactatur) recepta jam tum fuiſſet utilis actio? nugæ. dicamus igitur, Imperatores in *d. l. 26.* negantes Demoſtheni actionem, & de utili non addentes verbum, ei nullam concedere, neque directam, neque utilem. niſi quis putet, eos ſatisfacere deſiderio Conſultoris, a quo rogati, an ei competat actio, id negent; ut ut ſciant, ei competere utilem: nullo prorſus diſcrimine, utrum directam habeat, an utilem. Sed hoc nimis inſulſum fuerit atque inconditum. Sic de pacto a patre facto emancipato filio.

Non alia eſt ratio matris: cum numquam in ejus poteſtate ſint ejus liberi, nec igitur umquam habeantur iidem illi. rem certam loquor; auctore Gordiano *l. 4. C. de pactis conventis.* verba Gordiani. *Pactum dotale quo matrem conveniſſe cum patre tuo proponis, Ut, ſi in matrimonio deceſſiſſet, tibi & fratribus tuis dos reſtitueretur: ſi ſtipulatio ex perſona veſtra cum in poteſtate patris conſtituti non eſſetis, minus legitima interceſſit, defuncta ea in matrimonio, actionem vobis quærere non potuit.* [*Sed*] *ſi obligatione verborum rite intercedente, dotis petitionem habere potuiſti, maxime ſi adhuc vinculis poteſtatis patriæ non attigeris, petitionem exequi non prohiberis.* Sic paſſim editur, *attigeris.* eſt tamen, ubi legitur, *attingeris.* ſed accedo V. Cl. Antonio Mureto *lib. ſing. Obſerv. jur. c. 6.* reponenti, *attineris*, ob ſimilem Taciti locutionem. non æque probo Reſcripti ſpeciem quam format Muretus. mea opinione veriſſimam effinxit Accurſius: licet eam immodeſte explodat Muretus. ſed Accurſium, ut me decuit, adverſus Muretum pridem defendi *lib. 2. Obſerv. cap. 23:* ubi, ſi placet, vide. interim rem dicam quæ nec Græcis ſordet, *Baſilic. lib. 29. tit. 5. pag. 695. & ſeq.* Proponitur Imperatori mulier marito datura dotem poſt contractum matrimonium, ſicut poteſt, cum eo conveniſſe: ut, ſi in matrimonio deceſſiſſet, dos liberis ſuis reſtitueretur. mortua enim in matrimonio muliere, dos adventitia ad virum pertinet: ut nos docet Ulpianus *in Fragm. tit. 6.* id igitur ne fieret, pacta mulier fuit; ut, ſi in matrimonio deceſſiſſet, ea dos liberis ſuis reſtitueretur. deinde extitit conditio, muliere in matrimonio mortua. Quæritur; an actio ex ſtipulatu liberis competat? Ait Imperator: ſi ipſi ſtipulati ſint; alioquin negat: nec aliam ob cauſam; quam quod conſtaret, matrem ſua ſtipulatione ſuis liberis nullam quærere actionem, id eſt, neque directam, neque utilem: cum in Reſcripto ne veſtigium quidem ſit directæ, aut utilis actionis: & quod non dixerunt Imperatores, nec voluiſſe exiſtimandi ſunt.

Quod de patre & matre dixi, etiam jus eſt in liberis, vice verſa paciſcentibus matri, aut patri in cujus non ſint poteſtate. Teſtis Paulus in his verbis *l. 59. §. ult. D. Ad Senatuſconſultum Trebellianum.* *Ea quæ dotem dabat, pacta erat cum marito, ut mortua ſe in matrimonio, dotis pars matri ejus redderetur; nec eo nomine ſtipulatio a matre interpoſita eſt: moriens deinde matrem & maritum ſuum heredem fecerat; & a matre petierat, ut hereditatem Titio reſtitueret: judex addictus de hereditate dividenda, partem dotis, quaſi ex utili pacto, pro parte matri adjudicaverat. Quærebatur, an & ea portio ex cauſa fideicommiſſi præſtanda ſit?* [*quam*] *non eſſe reſtituendam puto; quia non*

quaſi

quaſi heres, ſed quaſi mater ex pacto accepit: nec occaſione hereditatis, ſed errore ex pacto eam habuit. Proponitur Paulo mulier marito datura dotem, cum eo pacta eſſe; ut mortua ſe in matrimonio, pars dotis matri ejus redderetur. dos enim adventitia, qualis hæc eſt, ad virum pertinet, mortua in matrimonio muliere: ut modo monui. id ne ſit, pacta mulier fuit, ut ipſa in matrimonio mortua, ejus matri pars dotis a marito redderetur. nec tamen a matre interpoſita eſt eo nomine ſtipulatio. deinde moriens mulier, matrem cum marito heredem inſtituit, & matrem rogat, ut hereditatem Titio reſtituat. Judex a Prætore addictus in judicio familiæ erciſcundæ, matri adjudicavit partem hereditatis inſtitutione ei debitam: præterea partem dotis quaſi ex utili pacto, id eſt, quaſi valeret pactum: alteram igitur jure, alteram errore. Quæritur, quid mater debeat Titio reſtituere ex fideicommiſſo. non eſt lis de portione hereditatis: hanc enim mater ex inſtitutione acceperat, & rogata erat tamquam heres reſtituere. ſolum cadit dubitatio circa partem dotis ei a Judice adjudicatam quaſi ex utili pacto. negat vero Paulus, hanc venire in reſtitutionem ex cauſa fideicommiſſi: & hanc addit rationem: quia *non quaſi heres, ſed quaſi mater ex pacto accepit, nec occaſione hereditatis, ſed errore ex pacto eam habuit.* Duo ſignificat Paulus: primum, in hereditatis reſtitutionem demum venire, quod fuit hereditatis: deinde, heredem non teneri, ex hereditate reſtituere præter id de quo rogatus eſt tamquam heres: (quod & traditum *l.* 18. §. 2. *& l.* 22. *D. eod. tit*) in propoſito autem mater portionem qua de quæritur, non ut heres accepit inſtitutione; non etiam tamquam heres rogata eſt, eam reſtituere; ne accepit quidem eam ut hereditariam, aut occaſione hereditatis: ſed ut mater, atque ex pacto, nec ſic jure, ſed errore Judicis. ita non tenetur mater eam reſtituere ex cauſa fideicommiſſi: quia apparet, de ea rogatam non eſſe. Non igitur valet pactum a filia matri factum; neque ex eo matri actio competit, maxime directa: imo nec utilis. Ait enim Paulus, erraſſe Judicem qui matri partem dotis quaſi ex utili pacto adjudicavit. quomodo autem erravit; ſi ex hujuſmodi pacto matri competiit utilis actio. potuiſſet enim mater utilem habens ex ſtipulatu actionem, a coherede petere dotis partem. nil impediret quoque Judicem, eam matri in diviſione hereditatis quaſi præcipuam addicere ex filiæ pacto. Satis de actione. reſtat, ut de exceptione videamus: conſtat enim, ex pacto, etiam cum ceſſat actio, exceptionem dari. & de exceptione ſilet Paulus *d. l.* quia de ea non fuit interrogatus. ſed ſi non valet pactum quo matri cavit filia: qua ratione ex eo vel exceptio matri adquiri poteſt? at enim Papinianus *l.* 26. §. 4. *D. de pactis dotalibus* matri non denegat exceptionem: etſi nec actionem ei concedat ſimili in ſpecie. Papiniani verba ſunt. *Filia cum pro ſe dotem promitteret, pepigit,* Ut, ſi in matrimonio ſine liberis deceſſiſſet, matri ſuæ dos ſolvatur. *Pacto filiæ nulla matri quæritur actio: ſi tamen heres puellæ matri pecuniam dotis ſolverit, viro contra placita petenti dotem obſtabit exceptio.* Species Papiniani. Mulier pro ſe marito promiſit dotem, & pepigit: ut, ſi in matrimonio ſine liberis moreretur, a marito cujus alioquin foret dos adventitia, ut ſupra dixi, matri ſuæ dos reſtitueretur. mortua deinde in matrimonio puella, ſive muliere juvencula, ſine liberis, & extraneo Titio, verbi gratia, heredi inſtituto: quæſitum eſt, an matri ex filiæ pacto competat actio aut exceptio. quod ad actionem attinet. negat Papinianus, matri ex filiæ pacto competere actionem, ſi velit repetere dotem traditam. hac, opinor, cauſa: quod mater ipſa dotem ſibi reddi ſtipulata non eſt: filia autem non poteſt extraneæ, qualis ei mater eſt, paciſcendo ſtipulandove actionem adquirere. exceptionem tamen (ut dixi) ei non negat Papinianus. pone: Titius heres filiæ, dotem marito nondum traditam, matri ſolvit ſua ſponte: quum hanc invitus ei ſolvere non cogeretur. mox maritus dotem ſibi promiſſam ab herede petit actione ex ſtipulatu. an poteſt? non reſiſtit Juris ſubtilitas: ſed (ut Papinianus ait) ei contra placita petenti obſtabit exceptio. quod ſuperioribus adverſari videtur. ſed non eſt ita; nam ea exceptio non eſt pacti conventi quam hoc Edicto promittit Prætor: (non enim valet hoc pactum) ſed eſt exceptio doli mali quam ſupra dixi, eſſe ſubſidium exceptionis pacti: & videtur æque hac in ſpecie atque alibi, Juri extorſiſſe æquitas: propter perſonarum conjunctionem; etſi ad exceptionem pacti, aut etiam ad actionem utilem adſpirare non potuit.

Sed turbat Paulus *l.* 45. *D. Soluto matrimonio.* Videamus tamen, ne tractet thema admodum ſingulare, & ad conſequentiam minime trahendum. Ut hoc demonſtrem, adſcribam Pauli verba: mox ſpeciem appoſiturus. Pauli verba. *Gajus Sejus avus maternus Sejæ nepti quæ erat in patris poteſtate, certam pecuniæ quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit: & inſtrumento dotali hujuſmodi pactum & ſtipulationem complexus eſt, Si inter Lucium Titium maritum & Sejam divortium ſine culpa mulieris factum eſſet, dos omnis Sejæ uxori, vel Gajo Sejo avo materno redderetur reſtitueretur que. Quæro, cum Sejus avus maternus ſtatim vita defunctus ſit, & Seja poſtea ſine culpa ſua diverterit vivo patre ſuo in cujus poteſtate eſt, an & cui actio ex hoc pacto ex ſtipulatione competat: [& utrum heredi avi materni ex ſtipulatu, an nepti? Reſpondi in perſona quidem neptis videri iuutiliter ſtipulationem eſſe conceptam: quoniam avus maternus ei ſtipulatus proponitur. quod cum ita eſt, heredi ſtipulatoris, quandoque diverterit mulier, actio compete-*

re videtur. *Sed dicendum eſt, Sejæ poſſe dotem ſolvi, quamvis actio ei directo non competat, ac ſi ſibi aut illi dari avus ſtipulatus eſſet: ſed permittendum eſt nepti ex hac avita conventione, ne commodo dotis defraudetur, utilem actionem: favore enim nuptiarum, & maxime propter affectionem perſonarum, ad hoc decurrendum eſt.* Hæc Pauli verba. nunc ſpeciem accipe: ea ſpecies eſt. Gajus Sejus avus maternus pro nepte in patris ſui poteſtate exiſtente, Lucio Titio ejus marito in dotem dedit certam pecuniæ quantitatem: adjecto pacto & ſtipulatione: ut divortio facto ſine Sejæ culpa, omnis dos Sejæ, vel ejus avo Gajo Sejo reſtitueretur. mortuo ſtatim Gajo Sejo, Seja ſine ſua culpa divortit, vivo patre ſuo in cujus erat poteſtate. quæritur, cui competat ex ſtipulatu actio: utrum heredi avi materni, an Sejæ? quod ad heredem attinet: expedita videtur ratio: eo quod heres defunctum ſtipulatorem, quatenus ſibi ſtipulatus eſt, repræſentat poſt ejus mortem. ſed circa Sejam cadit difficultas: cum metus ſit; ne in ejus perſona inutiliter concepta ſit ſtipulatio: quando non poteſt avus maternus, ut maxime velit, nepti ex filia quæ ipſi extranea eſt, ſtipulari. quid, ſi ne voluit quidem ei ſtipulari? non enim dixit, Sejæ uxori, & Gajo Sejo avo materno; ſed Sejæ uxori, aut Gajo Sejo avo materno. non igitur directo competit Sejæ ex ſtipulatu actio, ſed heredi ſtipulatoris. tantum poteſt Sejæ ſolvi quaſi adjectæ ſolutionis gratia: perinde ac ſi avus *ſibi aut illi* ſtipulatus eſſet. ſic quidem Paulus: ſi ſequamur Juris rigorem. at ſi æquitatem ſpectemus: *Permittendum eſt*, inquit, *nepti ex hac avita conventione utilem actionem.* Pauli dura locutio eſt: non inuſitata. & exemplum ſimile in hoc Varronis *lib.* 8. *De lingua Latina*, *pag.* 92. *lin.* 52. *Sic enim omneis repudiandum eſt arteis.* Item in illo Ulpiani *l. ult.* §. 1. *D. de Senatoribus*, *Senatores autem accipiendum eſt eos qui a Patriciis & Conſulibus uſque ad omnes illuſtres viros deſcendunt.* Annotavit alia quædam Sanctius, *Minerva lib.* 3. *cap.* 8. *pag.* 485. *& ſeqq.* & in *Animadverſionibus ibidem, & ad lib.* 1. *cap.* 15. *pag.* 139. Collega meus V. CL. Jacobus Perizonius. Ait igitur Paulus, permittendam nepti ex hac avita conventione eſſe actionem utilem. & duplicem adfert cauſam. una eſt, favor matrimonii: prohibentis, ne commodo dotis defraudetur mulier. altera ratio eſt, affectio perſonarum. hæc vero non efficit: ut avus maternus ſua ſtipulatione poſſit nepti ſuæ actionem utilem adquirere. paſſim quidem id creditur: ſed alio ducit illa ratio, & quidem eo: ut videatur avus hanc actionem nepti adquirere voluiſſe. ſane abſque illa perſonarum affectione eſſet: non adquiſiviſſet actionem. erat enim ſtipulatus, dotem nepti vel ſibi reddi reſtitui. quo in caſu erat quidem illa adjecta ſolutionis gratia: ſed nulla erat ei adquiſita obligatio. id igitur ne credatur; ait Paulus, hanc eſſe avi mentem, ut non ſolutionis gratia ſit adjecta neptis, ſed videatur illi adquiſita ex ſtipulatu obligatio. nam hoc convenire ſtipulatoris affectui. eſt igitur duplex Pauli inſpectio: una de voluntate avi materni, altera de ejus jure. prior eſt, an avus maternus ſtipulatus dotem reddi nepti vel ſibi, voluerit ea formula, nepti adquirere obligationem: an maluerit, neptem ſtipulationi adjicere ſolutionis gratia? hoc conveniebat rigori Juris; ſi nulla eſſet perſonarum conjunctio. nunc quia eſt avus maternus nepti ex filia ſic ſtipulatus; ſuadet pietas & affectio ejus erga neptem juſtiſſima: ut eam non ſolutionis gratia ſtipulationi adjeciſſe, ſed ei magis obligationem ex ſtipulatu adquiſiviſſe exiſtimetur. ſit ita: voluerit hoc avus maternus. at qui potuit nepti ex filia, id eſt, extraneæ perſonæ ſtipulari? hæc igitur eſt altera difficultas: ſed putat Paulus, eſſe dandum favori matrimoni, qui favor maximus eſt: ut in propoſito a Juris ſubtilitate recedatur; & quamquam nepti ex avi ſtipulatione nulla competat directa actio ex ſtipulatu, utilis tamen ei deneganda non ſit: ne commodo dotis defraudetur mulier.

Eſt igitur hoc Pauli Reſponſum, ut ab initio dixi, ſubnixum ratione admodum ſingulari: ideoque non trahendum ad conſequentiam. De eo dubito; an ſimili facto aptanda ſint obſcura Ulpiani verba quæ adſcripſi ex *l.* 45. §. 2. *D. de verborum obligationibus. Si ita quis ſtipulatus ſit, Poſt mortem meam filiæ meæ dari: vel ita, Poſt mortem filiæ meæ mihi dari: utiliter erit ſtipulatus. ſed primo caſu filiæ utilis actio competit, licet heres ei non exiſtat.* Latius patet Ulpiani ſermo: ſed nolim, eum infinite intelligi de omni re a patre in ſtipulationem deducta. nec magis de ſtipulatione a patre facta in honorem qualiumcumque liberorum. contra ſuadeam, eum coarctari intra dotem quam pater dans pro ſua filia, ei reſtitui ſtipulatur. ea cauſa videtur non de filio loqui; ſed de filia. Nulla tamen ſit ab Ulpiano dotis mentio. Sed nil opus fuit: ubi non erat quæſtioni, utrum de dote, an de re alia filiæ ſuæ ſtipulari poſſit pater: ſed an pater poſſit ſtipulari, filiæ ſuæ dari poſt mortem ſuam, quo caſu ei ſtipulari poteſt, & in dote placuiſſe, tum erat notum. Eſſe autem hoc Ulpiani conſilium, præter ſuperiora, etiam indicio eſt totius tenor capitis: explicantis formulam ſtipulationis facientis mentionem mortis. Sic conjicio: ſi vere, ut puto; erit optimus Ulpiani ſenſus, & ſuperioribus ſatis conveniens: quod pater dotem dans pro filia, poteſt ſtipulari, eam filiæ ſuæ poſt mortem ſuam reddi; ex eaque tum filiæ competit utilis ex ſtipulatu actio: licet ea patri non exiſtat heres.

Atque hæc obtinuere vetere Jure quod fuit Pauli tempore. novo enim aliud placuit. hoc ut auſim mihi perſuadere, inducor auctoritate Impp.

Impp. Diocletiani & Maximiani *l.* 7. *C: de pactis conventis* cuidam Phileto ita reſcribentium: *Pater pro filia dotem datam genero: ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus reſtitui: licet his actionem quærere non potuit, tamen utilis eis ex æquitate accommodabitur actio.* Species hæc eſt. Pater cum genero dotem dat pro filia; in traditione paciſcitur, dotem reſtitui nepotibus ex filia: ea prius in matrimonio mortua. extitit conditio. Rogat Philetus Imperatores per Libellum: an nepotibus ex pactione avi materni quæſita intelligatur actio? Reſcribunt Imperatores, aliud regula Juris placere, aliud æquitate. quantum enim ad regulam Juris attinet, non potuiſſe eis ab avo materno quæri directam actionem: quia avo ſunt extranei: ſed nihilominus ex æquitate illis accommodari utilem. quæſo, cur ita? nimirum, quia jam obtinuit, actionem alteri per alterum adquiri: quoties quis alicui tradit aliquid; & paciſcitur, id reſtitui alteri. ſic enim aliquid dat non ſimpliciter, ſed ob cauſam: qua non impleta, adquirit ſibi actionem directam jure ſtricto; utilem vero ex æquitate cui reſtitui voluit. Huc ferunt ſe iidem Imperatores *l. pen. C. Ad exhibendum* quæ eſt anni 293: cum *d. l.* 7. ſit anni 294. verba autem *d. l. pen.* talia ſunt. *Si res tuas commodavit aut depoſuit is cujus in precibus meminiſti, adverſus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. quod ſi pactus ſit, ut tibi reſtituantur: ſi quidem ei qui depoſuit, ſucceſſiſti jure hereditario, depoſiti actione uti non prohiberis: ſi vero nec civili, nec honorario jure ad te hereditas ejus pertinet: intelligis nullam te ex ejus pacto, contra quem ſupplicas, actionem ſtricto jure habere: utilis autem tibi propter æquitatis rationem dabitur depoſiti actio.* Titius res tuas deponens apud Sejum, pactus eſt; ut eæ res tibi reſtituantur. quæritur, an tibi ex ea pactione competat depoſiti actio? reſcribunt Imperatores, tibi competere; ſi ei jure hereditario ſucceſſiſti: repræſentans eum cujus erat ea actio. at ſi hereditas ad te non pertineat: nullam tibi ex pacto ejus cui extraneus es, actionem competere. ſic ex ſtricto Jure: id eſt, ex regulis Juris. verum ex æquitate placuiſſe; ut licet directa depoſiti actio ceſſet ea in ſpecie; utilis deneganda tibi non ſit. Receſſum igitur generaliter hoc in caſu eſt a vetere Jure: nec tamen diſputatione Juriſconſultorum, ſed Principum Conſtitutionibus: ut jam anno 290. iidem teſtantur Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 3. *C. de donationibus quæ ſub modo*, verbis ſequentibus. *Quotiens donatio ita conficitur, ut poſt tempus, id quod donatum eſt, alii reſtituatur: veteris juris auctoritate reſcriptum eſt, ſi is in quem liberalitatis compendium conferebatur, ſtipulatus non ſit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit, vel heredibus ejus condictitiæ actionis perſecutionem competere. Sed cum poſtea benigni juris interpretatione divi Principes ei qui ſtipulatus non ſit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiſerint: actio quæ ſorori tuæ, ſi in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur.* Species ſic confingenda eſt. Gajus aliquam rem donavit Titio intra quinquennium: poſt quinquennium eam donavit Semproniæ, idcirco pactus eſt, eam rem Semproniæ reſtitui poſt quinquennium. Titius rem donatam Semproniæ, quamdiu vixit, non reſtituit; neque magis Marcellæ ejus ſorori & heredi, poſt ejus mortem. quærit igitur Marcella ab Imperatoribus: cujus ſit, rem Semproniæ donatam a Titio petere ex lege donationis? ajunt Imperatores, Jus vetus differre a novo; vetere enim Jure donatori ejuſque heredi adverſus Titium competere condictionem ex ſtipulatu: ſi ſtipulatio intervenerit: alioquin condictionem ſine cauſa, vel condictionem ob cauſam dati cauſa non ſequuta, vel præſcriptis verbis. quid enim obſtare, quo minus, elapſo quinquennio, ipſe a Titio repetat quod ei donavit non in perpetuum, ſed dumtaxat intra quinquennium. ſic in donatore ejuſque herede videri. aliud in Sempronia, ejuſque herede jus eſſe. non enim inter Titium & Semproniam interveniſſe tractatum qui inter donatorem & Titium intervenit. potuiſſe porro donatorem ſibi cavere; alteri cavere non potuiſſe. hoc vetere Jure. at novo contra eſſe; nam etſi donatoris conventio non valeat hactenus; ut Marcellæ, tamquam heredi Semproniæ, adverſus Titium directa adquiratur actio; ubi tamen ea actio conſtitit in perſona donatoris, placuiſſe Divis Principibus, benigna Juris interpretatione, actionem utilem, juxta ejus voluntatem, ab eo transferri in Semproniam, ejuſque heredem. Sed apparet, peræque in omnibus ſuperioribus caſibus aliud vetere, aliud novo Jure obtinuiſſe. quia volebant Veteres, quæcumque gerimus, cum ex noſtro contractu originem trahunt, niſi ex noſtra perſona ſumant obligationis initium, inanem actum noſtrum efficere *l.* 11. *D. de obligationibus & actionibus.* novæ autem interpretationis hæc videtur ratio; quod actio utilis alteri non directo, ſed per conſequentiam adquiritur. & ita eſt: qui dicit legem reſtituendi, is actionem primum ſibi adquirit: deinde paciſcitur, alteri reſtitui. igitur actionem non directo quærit ei cui vult reſtitui: ſed actionem quæ prius in ipſius perſona conſtitit jure & ordine, ſua voluntate cum alio communicat quaſi per quamdam tranſlationem, ut dixi, ex benigna Principum interpretatione. fere quemadmodum fit in fideicommiſſo: quo heres rogatur, rem reſtituere alii, cui eam donatam velit teſtator. nam & hoc in caſu ab herede in fideicommiſſarium prior transfertur actio, non directa, ſed utilis. fuerit id curioſæ obſervationis: ex qua intelligi poterit differentia *d. l.* 7. *C. de pac-*

pactis conventis & *l. 26. C. de jure dotium.* poſſit enim aliquis quærere: cur actio illa utilis qua de agimus, novo Jure locum habeat in ſpecie *d. l. 7:* at in *d. l. 26.* locum non habeat: cum utraque ſit Imperatorum Diocletiani & Maximiani. niſi eſt hæc ratio: quod in *d. l. 7.* pater, cum pro filia daret dotem, pactus fuit, eam, mortua in matrimonio filia, reſtitui nepotibus ex filia: ubi vero pater dotem filiæ ſtipulatur, de dote actionem primum ſibi adquirit: non modo ſi filiam habet in poteſtate: ſed etiam cum non habet. nec magis refert, utrum ſibi quoque palam caverit, an non *l. 2. D. Soluto matrimonio*, *l. 6. D. de jure dotium:* modo palam non ſit alteri, verbi gratia, filio emancipato ſtipulatus. idem eſt, ſtipulante eo, dotem reſtitui liberis filiæ ſuæ: quia tum perinde habetur, ac ſi ipſi filiæ ſtipulatus eſſet: eo quod matri adquiſita dote, is futurus eſſet exitus, ea in matrimonio mortua, ut dos ad ejus liberos pertineret. ita fit, ut pater aut avus, ſive filiæ, ſive ejus liberis dotem ſtipuletur, ab initio æque habeat dotis actionem, ac ſi dotem ſibi ſtipulatus eſſet, aut eam pro filia ſimpliciter dediſſet, nulla pactione aut ſtipulatione facta. quod ſi pater actionem primum ſibi adquiſivit, cum eſt pactus, dotem ſibi, aut filiæ, ejuſque liberis reſtitui: conſequens eſt, ut ea pactione utilis actio recte ad filiam ejuſve liberos ex æquitate transferatur. Sic in *d. l. 7.* At in *d. l. 26.* non eſt ita: non enim eſt pater in ea dotem ſibi aut filiæ ſtipulatus, ſed emancipato filio, id eſt, extraneo: eoque oſtendit, quod noluit eam ſibi adquirere. adeo (quod egregie indicant Diocletianus & Maximianus *d. l. 26*) actio nec in ejus perſona ab initio conſtitit, deficiente voluntate; nec filio adquiſita eſt, prohibente Jure. id vero eo magis mihi placet: quia hujuſmodi quid etiam obſervatur *l. 6. C. Si quis alteri vel ſibi.* At enim poteſt quis Jure novo in traditione paciſci, alteri reſtitui: ita ut ei utilis actio competat, ſuadente æquitate. Eſto; dum paciſcens ſibi prius adquirat actionem directam. at hic numquam actio conſiſtit in perſona patris; & idcirco ne ad filium quidem ab eo transferri poteſt.

CAPUT XXVI.

De pactis adminiſtratorum, ut tutorum, curatorum, actorum municipii.

Sequitur, ut de pactis adminiſtratorum videamus. in quibus primum occurrit tutor: hujus vero pactum pupillo prodeſſe, lib. 3. Ad Edictum ait Paulus *l. 15. D. de pactis.* & eſt ratio: quod tutor, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco habetur *l. 27. D. de adminiſtratione tutorum.* Idem dicam de curatore furioſi *l. 28. §. 1. D. de pactis*, & de actore municipum: nam & hi, quatenus poſtulat neceſſitas publici muneris, pro dominis ſunt. hæc tamen fictio eſt: non enim ſunt domini, etſi habentur pro dominis: & ideo non datur actio directa ex ipſorum pactionibus, ſed utilis *l. 5. §. 9. D. de conſtituta pecunia*, *l. 4. D. Rem pupilli ſalvam fore.*

Ex eodem fonte eſt: quod ſi paciſcantur, Ne petat pupillus, aut furioſus, aut municipium: non nocet eorum pactum pupillo, furioſo, aut municipio *l. 28. §. 1. & l. 37. D. de pactis:* in primis, ſi ſit de remittenda actione pupilli, prodigi, aut reipublicæ, *l. 22. C. eod. tit.* Paulus *l. 46. §. ult. D. de adminiſtratione tutorum* ait, ſi donent, aut deminuendi cauſa tranſigant. cæterum poteſt tutor (ut idem Paulus ait *l. 23. D. eod. tit.* quæ eſt deſumpta ex lib. 3. Ad Edictum, & conjungenda cum *d. l. 15*) ad pupilli utilitatem & novare, & rem in judicium deducere. poteſt etiam tranſigere *l. 54. §. ult. & l. 56. §. 4. D. de furtis:* & jusjurandum deferre, deficientibus probationibus *l. 17. §. 2. & l. 35. D. de jurejurando*, atque, ut ex Paulo dictum, ad utilitatem pupilli: non contra. nam tutor in re pupilli habetur domini loco; cum adminiſtrat tutelam, non cum pupillum ſpoliat *l. 7. §. 3. D. Pro emptore.* Videamus tamen; ne hic obſtet *l. 4. C. de prædiis & aliis rebus minorum:* cujus appoſui verba. *Non ſolum per venditionem ruſtica prædia vel ſuburbana pupilli vel adoleſcentes alienare prohibentur: ſed neque tranſactionis ratione, neque permutatione, & multo magis donatione, vel alio quoquo modo ea transferre ſine decreto a dominio ſuo poſſunt. igitur & tu ſi fratribus tuis per tranſactionem fundum dediſti, vindicare eum potes: [ſed &] ſi quid ex eodem pacto conſecutus es: id mutuo reſtituere debes.* Sed non obſtat: loquitur enim lex de ruſtico prædio: quod tutor Oratione D. Severi quæ extat in *l. 1. pr. §. 1. & 2. D. de rebus eorum qui ſub tutela*, prohibetur alienare ſine decreto Prætoris. nec vero mirum eſt; ſi de eo prædio ne tranſigere quidem poſſit ſine decreto *d. l. 4.* at in *d. l. 54. §. ult. & d. l. 56. §. 4. D. de furtis* agitur de re furto ablata, id eſt, de re mobili, vel ſeſe movente: (nam utriuſque fit demum furtum: exploſa ſententia exiſtimantium, etiam fundorum aut ædium, id eſt, rerum immobilium furtum fieri *l. 38. D. de uſurpationibus & uſucapionibus*) agitur, inquam in *d. §. ult. & d. §. 4.* de re mobili, vel ſeſe movente: quam, excepto mancipio ruſtico, poterat tutor, permittente Oratione D. Severi, Jure Pandectarum ſine decreto alienare: ut apparet ex *l. 22. C. de adminiſtratione tutorum.* quid ni igitur poterat quoque de ea tranſigere?

CAPUT

Caput XXVII.

De pactis procuratorum. Eos procuratores videri duplices: vel eſſe unius rei qui procuratores ſpeciales appellantur; vel eſſe univerſorum negotiorum, & hos dici generales procuratores: etiam dici habere liberam omnium negotiorum adminiſtrationem. quæ ratio ejus locutionis: & quid ea ſignificetur? item, quæ ſit utriuſque procuratoris poteſtas?

Longe alia cauſa eſt procuratoris. non enim is publica auctoritate, ſed privato domini mandato ejus negotia adminiſtrat. inde, ſi domino cavet, alteri cavere intelligitur: & ideo ſi pactus ſit, ne a domino petatur, non datur domino pacti exceptio: quia non placuit, aliquem paciſcendo alteri cavere: ſed domino dabitur exceptio doli mali, ſubſidiaria exceptionis pacti *l.* 10. §. *ult. D. de pactis:* eo quod exceptio doli mali non tam naſcitur ex facto procuratoris, quam ex dolo actoris: quem ei occaſione Juris Civilis contra naturalem æquitatem prodeſſe non oportet *l.* 1. §. 1. *D. de doli mali exceptione.* id tamen manifeſte fit: actore a me petente quod non petiturum ſe a me, promiſit meo procuratori res meas ex meo mandato ſuſtinenti: in primis ſi meo nomine aliquid ab eo accepit, ut paciſceretur. nam ſi id retinet, nec viciſſim ſervat fidem pacti, quia negat valere pactum alteri factum: improbe abutitur Juris ſubtilitate cum mea injuria. quod non eſt ferendum. Sit ita: non poſſit quis alteri cavere paciſcendo aut ſtipulando; cum alter eſt extraneus, & ejus nihil intereſt: tamen ſi interſit paciſcentis, alterum liberari obligatione, aut eam alteri prodeſſe: quid ni ei & ſtipulando & paciſcendo caveatur *l.* 38. §. 20. *D. de verborum obligationibus?* Sed hoc nil mutat. nam alteri cavens, cum ſua intereſt, alteri paciſci aut ſtipulari, non tam alteri, quam ſibi paciſci aut ſtipulari videtur. ſibi igitur acquirit obligationem & actionem *l.* 118. §. *ult. D. eod. tit.* exceptionem domino, non pacti, ſed doli mali.

Prodeſt igitur hoc modo pactum domino. an etiam nocet? ait Ulpianus *l.* 12. *D. de pactis, Et nocere conſtat:* additque, hoc jus eſſe, *ſive ei mandavi, ut paciſceretur, ſive omnium rerum mearum procurator fuit.* Sed hoc ut diſtinctius intelligatur; age, dividamus procuratorum ſpecies. Paſſim placet Juris Interpretibus, triplicem eſſe procuratorum diviſionem. unum vocant ſpecialem, alterum generalem ſinıplicem, tertium dicunt habere liberam omnium negotiorum adminiſtrationem. Sed ſi mihi liceat, meo uti ingenio: non erit t·iplex procurator, ſed duplex: vel ad res omnes datus, vel ad partem: id eſt, ſpecialis vel generalis. tertium ab his diſtinctum nuſquam adducunt Veteres: ex profeſſo inſtituentes procuratorum diviſionem: hos duos ſemper appellant. certo indicio, non adgnoſcere tertium: & ſi alibi nominetur: (ut fit in *l.* 58. *D. de procuratoribus, & l.* 9. §. 4. *D. de adquirendo rerum dominio*) non adferri ſpeciem diverſam ac ſeparatam a procuratore generali omnium negotiorum: ſed poteſtatem ejus procuratoris aliis verbis indigitari. quod ſi probari poterit: erit obſervatu digniſſimum. Huc vero me trahit Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 10. §. 2, his verbis. *Procurator aut ad litem, aut ad omne negotium, aut ad partem negotii, aut ad res adminiſtrandas datur.* Senſus Pauli, Procuratorem dari vel ad litem, vel ad res adminiſtrandas: & utrumque vel ad omne conſtitui negotium, vel ad partem negotii. ita ſubducta ratione, duplex Paulo eſt procurator; alius ſpecialis, alius generalis omnium rerum, negotiorumve. Nil opus verbis: ipſe ſic Paulus *l.* 17. §. *ult. D. de jurejurando, Procurator quod detulit* (jusjurandum) *ratum habendum eſt: ſcilicet, ſi aut univerſorum bonorum adminiſtrationem ſuſtinet, aut ſi id ipſum nominatim mandatum ſit.* Dedi Pauli ſententiam. quæ Ulpiani? plane ſimilis *l.* 1. §. 1. *D. de procuratoribus.* verba Ulpiani. *Procurator vel omnium rerum, vel unius rei eſſe poteſt.* Ulpianus adfert ſpecies, non tres, ſed duas. Nec tantum ſic illo in loco Ulpianus; ſed etiam in *l.* 12. *D. de ſolutionibus, Vero,* inquiens, *procuratori recte ſolvitur. verum autem accipere debemus eum cui mandatum eſt vel ſpecialiter, vel cui omnium negotiorum adminiſtratio mandata eſt.* Etiam in *d. l.* 12. *D. de pactis, Et nocere,* inquit, *ei conſtat, ſive ei mandavi, ut paciſceretur, ſive omnium rerum mearum procurator fuit.* Sed apparet, Veteres, quoties ex profeſſo dividunt procuratorum ſpecies, numquam facere partes plures, quam duas: nempe ſpecialem & generalem: quia non putant, eſſe plures. Dicamus igitur eorum exemplo: quod procurator vel ad litem datur, vel ad ſes adminiſtrandas: & uterque conſtituitur vel ad omne negotium, vel ad partem.

Et quidem ad partem negotii datur cui una ſpecies, vel etiam plures ſpecies nominatim mandantur. talis vero procurator includitur mandati verbis. niſi occurrat aliquid ſine quo principale mandatum expediri nequeat. tum enim hoc etſi excluditur mandati verbis, adhuc ejus ſententia continetur: certa atque explorata ratione, eum qui extrema vult, non poſſe nolle ea quæ ad extrema ſunt neceſſaria. ſed hoc in præſentiarum intelligitur *l.*

56. & *l.* 62. *D. de procuratoribus.* id ſi non ſit: mandati verbis finitur omnis vis & poteſtas ſpecialis procuratoris. ita paciſcetur procurator ad actionem datus, & eo nocebit domino, ſi ei mandatum ſit, ut paciſcatur *l.* 12. *D. de pactis.* quod ſi non ſit: contra eſt. clare Gordianus *l.* 7. *C. de tranſactionibus*, *Tranſactionis*, inquit, *placitum ab eo interpoſitum cui* cauſæ actionem, *non* deciſionem litis *mandaſti*, *nihil petitioni tuæ derogavit.* Paulus *l.* 13. *D. de pactis* ſic ait, *Sed ſi tantum ad* actionem *procurator ſit, conventio facta domino non nocet:* & addit rationem. ea ratio eſt: *quia nec ſolvi ei poteſt.* Satis de procuratore qui ad partem negotii datur.

Alter datur ad omne negotium. iſque alias appellatur procurator omnium rerum vel omnium negotiorum. hic vero eſt cui generaliter permittitur libera rerum adminiſtratio, vel libera univerſorum negotiorum adminiſtratio. Paulus certe *l.* 20. §. 1. *D. de novationibus* quærens, qui novare poſſint præter tutorem, nominat procuratorem omnium bonorum: aitque in *l.* 58. *D. de procuratoribus*, inter cætera etiam novare poſſe cui generaliter libera adminiſtratio rerum commiſſa eſt. Deeſt quidem Florentiæ vox *novare*; ſed in cæteris extat exemplaribus; nec minus apud Græcos, *Baſilic. lib.* 8. *tit.* 2. *pag.* 425. *tom.* 1. Rurſus Paulus *l.* 59. *D. eod. tit.* arbitratur, eum cui conceſſa eſt generaliter libera adminiſtratio rerum, poſſe ſolvere creditoribus. talem vero qui id faciat, Celſus *l.* 87. *D. de ſolutionibus* appellat omnium rerum procuratorem. liquet igitur, procuratorem cui generaliter committitur libera rerum adminiſtratio, eſſe eumdem procuratori univerſorum negotiorum, aut omnium rerum. Dicitur autem, (nam hoc addam, ſicut eſt dignum addi) libera dari adminiſtratio: pari forma qua dicitur concedi libera teſtamenti factio; vel a Conſtantino *l.* 1. *C. de ſacroſanctis eccleſiis* dicitur teſtatori concedi liber ſtilus. dicitur autem concedi libera teſtamenti factio: ubi conceditur legitima & conſueta teſtamenti factio *l.* 35. *C. de inofficioſo teſtamento*, quæ ante non erat libera. Hoc modo nil refert, utrum ſimpliciter dicamus teſtamenti factionem, an liberam teſtamenti factionem. Eodem modo dicitur libera peculii adminiſtratio *l.* 18. §. *ult. D. de pigneratitia actione*, *l.* 1. §. 1. *D. quæ res pignori*, quæ alias peculii adminiſtratio appellatur, detracta voce *libera l.* 11. §. 2. *D. de rebus creditis*, *l.* 46. *l.* 48. *D. de peculio*, *l.* 15. §. 3. *D. de diverſis temporalibus præſcriptionibus*, *l.* 13. *in f. pr. D. de condictione indebiti.* quid ni igitur credamus, procuratorem cui datur libera rerum aut negotiorum adminiſtratio, ea formula nil accipere, præter omnium rerum aut negotiorum adminiſtrationem, quæ ante quam datur libera, non eſt libera; & ubi datur libera, non eſt alia ab omnium negotiorum adminiſtratione? Sic res ſuadet. qui enim dicit, ſe dare adminiſtrationem omnium negotiorum, is adminiſtrationi nullos ponit fines. dat igitur liberam adminiſtrationem quam dat infinitam. contra quoque qui dat liberam adminiſtrationem, is ut plene mandet res ſuas geri a procuratore; ei ideo non dat rerum ſuarum dominium; etiam ei non mandat rerum ſuarum perditionem: ſed adminiſtrationem, atque ex fide bona gerendam *l.* 60. §. 4. *D. Mandati vel contra:* id eſt, non aliam, quam univerſorum negotiorum adminiſtrationem. Ita in ſumma libera negotiorum adminiſtratio non efficit ſpeciem aliam ac ſeparatam a generali omnium rerum adminiſtratione; ſed diverſam a partis, ſive a ſpeciei adminiſtratione *d. l.* 9. §. 4. *D. de adquirendo rerum dominio.*

Non tamen hoc eo pertinet; ut velim, eſſe unam aut ſimplicem formam mandati omnium rerum, vel etiam liberæ adminiſtrationis omnium negotiorum. Non ita eſt: ſæpe differentiam facit voluntas domini expreſſa; aliquando rerum quæ mandantur conditio. adeo, cum quid fecit procurator cui conceditur libera rerum, aut ſimpliciter rerum omnium adminiſtratio: poteſt facti quæſtio eſſe, an jure fecerit: nec eſt ſimpliciter inſpiciendum, quid fecerit: ſed (quod Gajus obſervat *d. l.* 9. §. 4. *D. de adquirendo rerum dominio*, & ex eo Imperator §. 43. *Inſt. de rerum diviſione*) an ex negotiis fecerit; ſive ut idem Gajus alibi *l. ult. D. de curatoribus furioſo & aliis* dicit, *ex adminiſtratione:* id eſt, ex ordine negotiorum quæ ei ſint mandata. pone: (qui eſt caſus *l.* 63. *D. de procuratoribus*) procuratori totorum bonorum adminiſtrandæ mandatæ ſunt res domini: ait Modeſtinus, quod non poteſt res domini mobiles aut immobiles alienare, verbi gratia, vendere, vel permutare, vel oppignorare, ſine ſpeciali ejus mandato, non magis quam ſervus. & eſt ratio: quod ei nihil eſt conceſſum, præter adminiſtrationem omnium rerum. eſt igitur ex negotiis adminiſtratio. porro adminiſtare eſt, res ſervare ad uſum domini; ſi ſervari poſſint. alienare eſt, eas amittere & perdere; cum alienatione domino perinde pereant, ac ſi eſſe deſinant. ſic in rebus mobilibus & immobilibus, quas ne dominus quidem, utique bonus & diligens paterfamilias, temere & ſine magna cauſa alienat. at quod ad fructus, & ſi quæ præterea facile corrumpantur, attinet: ait Modeſtinus *d. l.* 63, quod hæc alienare, id eſt, vendere, aut permutare pro alio *l.* 58. *D. eod. tit.* poteſt procurator totorum bonorum cui res adminiſtrandæ mandatæ ſunt: quia ſervatæ eſſent perituræ aut deteriores futuræ; nec eſt ei permiſſa perditio rerum domini, quæ alienatione præveniri poteſt, & ab ipſo domino ſic præveniri ſolet. habetur igitur alienatio rerum, quæ ſervari nequeunt, pro adminiſtratione naturæ rerum & dominico uſui conveniente: id eſt, fit (ut Gajus ait *d. l.* 9. §. 4.) ex negotiis, ſive ex ſumma nego-

Digitized by Google

gotiorum quæ dominus ſibi geri mandavit. Simili ratione poteſt procurator totorum bonorum cui mandatæ ſunt res adminiſtrandæ, mutuas ſumere pecunias, & res domini obligare pignori; ſi neceſſitas id fieri urgeat: ut, ſi metus ſit, ne ædes ruant; aut ne pretioſa pignora diſtrahantur; neve uſuræ aut pœnæ debitarum pecuniarum excreſcant. maxime autem id licebit, ſi procurator ſit conſtitutus ab eo qui ſolebat ſub pignoribus mutuas pecunias accipere *l.* 11. §. *ult.* & *l.* 12. *D. de pigneratitia actione.* cum enim ei generaliter mandentur univerſa negotia e re domini futura; perinde eſt, ac ſi ſingula quæ uſus domini aut certe neceſſitas exigat, ei nominatim mandentur. eſt igitur vel hoc ex negotiis; modo ipſe ſic eſſet facturus dominus. non enim præſumitur is generali mandato permittere quod nominatim non permitteret: nec ſic permitteret quod ipſe non faceret. Præter hæc ait Paulus *l.* 58. *D. de procuratoribus:* quod procurator cui generaliter commiſſa libera rerum adminiſtratio eſt, poteſt novare. ſic cenſeo: etſi enim Florentiæ deſit verbum, *Novare*, tamen reſtitui id Paulo auctoritate Græcorum; & fide plerorumque Codicum; eoque minore periculo: quod clare idem Paulus *l.* 20. §. 1. *D. de novationibus*, Novare, inquit, tutor poteſt, ſi hoc pupillo expediat: item procurator omnium bonorum. Addit Paulus *d. l.* 58, eum procuratorem poſſe etiam exigere: id eſt, ut Ulpianus ait, rem in judicium deducere *l.* 12. *D. de pactis.* recte: nam eſt pro ſpecie novationis *l.* 29. *D. de novationibus.* Tamen nec hoc eſt ſine exceptione: nam apud Ulpianum *l.* 40. *D. de procuratoribus* ſic extat, *Pomponius ſcribit, non omnes actiones per procuratorem poſſe quem inſtituere. denique ut liberi, qui in poteſtate abſentis dicuntur, ducantur, interdictum non poſſe deſiderare ait: niſi, ut Julianus ait, cauſa cognita: id eſt, ſi [&] nominatim ei mandatum ſit, & pater valetudine, vel alia juſta cauſa impediatur.* Cæterum procuratori omnium rerum & hoc mandari videtur; ut ſolvat creditoribus *l.* 59. *D. de procuratoribus*, *l.* 87. *D. de ſolutionibus.* igitur eo quoque modo etſi alienat, facit quod ex negotiis eſt. Poteſt etiam jusjurandum deferre *l.* 17. §. *ult. D. de jurejurando*, opinor, deficientibus probationibus, ut de tutore dictum *l.* 35. *D. eod. tit.* ſic enim ſervat domini res alioquin perituras defectu probationum. Poteſt inſuper paciſci, & pacto nocere domino *d. l.* 12. *D. de pactis:* niſi donet. nam donatio in perſona adminiſtratoris, qualis eſt procurator, non adminiſtratio eſt, ſed perditio. tranſactio autem in dubiis cauſis facta bona fide, ab adminiſtratione non removetur: cum ex parte ſervet quod in totum retineri nequit. At obſtat *l.* 60. *D. de procuratoribus:* ſic ſcribens, *Mandato generali non contineri etiam tranſactionem decidendi cauſa interpoſitam. & ideo ſi poſtea is qui mandavit, tranſactionem ratam non habuit; non poſſe eum repelli ab actionibus exercendis.* Quid dicimus? legendum eſſe, *tranſactionem deminuendi cauſa:* ut de tutore idem Paulus loquitur *l.* 46. §. *ult. D. de adminiſtratione tutorum?* ita Doctiſſimus Interpres, Jacobus Cujacius, *Notis ad d.* §. 43. *Inſt. de rerum diviſione*, atque ingenioſe: ſed nulla neceſſitate. non eſt enim inuſitata Pauli locutio, *tranſigere decidendi cauſa:* quando & Ulpianus *l.* 29. §. 2. *D. de inofficioſo teſtamento* ait, *rem tranſactione decidi:* & Imperatores *l.* 17. *C. de tranſactionibus* litem *tranſactione deciſam.* Meo judicio, non abſurde quis conjiciat, Paulum non eſſe exaudiendum de generali mandato omnium negotiorum, quo de nos agimus: ſed de generali mandato exercendarum actionum, ſeu litium. prorſus, ut tranſigere poſſit omnium negotiorum procurator æque ex Pauli, atque ex Ulpiani ſententia *l.* 10. §. *ult. l.* 11. & *l.* 12. *D. de pactis.* quippe cum ſit ex negotiis ei mandatis: ſed is cui omnes actiones, vel generaliter actiones exercendæ mandatæ ſunt, eo tranſigere nequeat: quod ei in ſingulis cauſis non deciſio, ſed actio mandata eſſe intelligitur: auctore Gordiano *l.* 7. *C. de tranſactionibus*; & ipſo Paulo *l.* 13. *D. de pactis.* Loquitur quidem uterque de una actione exercenda mandata: ſed idem eſt, ſi plures vel omnes exercendæ mandatæ ſint. niſi enim ſit omnium negotiorum, vel univerſorum bonorum procurator conſtitutus: ſemper coërcetur facultas procuratoris ad exercendas actiones conſtituti, intra mandatum exercendarum actionum: quod eſt, ut actiones inſtituat, litem conteſtetur, & perſequatur uſque ad ſententiam: ultra non procedit. adeo ne judicati quidem actio ei datur; nec ei ſolvi poteſt: niſi hoc ei mandatum ſit *l.* 86. *D. de ſolutionibus*, vel niſi ſit totorum bonorum, vel omnium negotiorum procurator. ſi tamen in rem ſuam ſit procurator datus; aliud dicendum eſt: quia tum domini loco habetur, & ideo ſervandum erit pactum conventum, ut in §. 1. *d. l.* 13. ſubjicitur. In eumdem fere ſenſum diſſerit Paulus *l.* 17. §. *ult. D. de jurejurando* de jurejurando a procuratore deferendo. verba Pauli. *Procurator quoque quod detulit, ratum habendum eſt: ſcilicet, ſi aut univerſorum bonorum adminiſtrationem ſuſtinet, aut ſi id ipſum nominatim mandatum ſit, aut ſi in rem ſuam procurator ſit.*

Sed abſolvamus: eſt, ut dixi, quærentibus, quid jure faciat procurator, accepta omnium negotiorum, aut libera omnium negotiorum adminiſtratione, diligenter animadvertendum, quid ex negotiis ſit. non eſt enim una & ſimplex ejus mandati ratio. aliquando variat hanc domini voluntas: aliquando conditio rerum quæ mandantur. eſt igitur res facti: multumque refert, quid actum ſit. ita detur alicui generale mandatum ad adminiſtrandas res domini quo de ſuperior fuit diſputatio: rurſus

de-

detur alii generale mandatum ad negotiandum de rebus domini: ſive velit emere, ſive vendere, ſive paciſci, ſive aliud agere tamquam dominus: eſt procul dubio aliud hujus jus, quam illius: licet uterque habeat liberam rerum adminiſtrationem. intereſt enim; quod alter eſt ad negotiandum de rebus domini conſtitutus: alter non eſt. alteri palam datur facultas emendi, vendendi, permutandi, oppignorandi, & ſi quid præterea facere velit. alteri ea facultas non ita datur. Illuc refero hoc Scævolæ *l.* 60. §. 4. *D. Mandati vel contra. Lucius Titius fratris filio commiſit rerum ſuarum adminiſtrationem ita. Sejo filio ſuo S. Ego quidem ſecundum naturam eſſe exiſtimo pro patre & patris filiis negotiari ſine aliqua conceſſionis inquiſitione: ſi autem neceſſitas alicujus talis erit: concedo tibi de omnibus meis, ut vis negotiari; ſive vendere vis, ſive paciſci, ſive emere, ſive quodcumque operari, ut domino omnium meorum: me omnia firma eſſe a te facta exiſtimante, & non contrarium dicente tibi ad ullam operationem. Quæſitum eſt, ſi quid non adminiſtrandi animo, ſed fraudulenter alienaſſet, vel mandaſſet, an valeret? Reſpondi, eum de quo quæreretur, plene quidem, ſed quatenus res ex fide agenda eſſet, mandaſſe.* † *Item quæro, an cum Sejus magiſtratu functus, debitor extitiſſet, Lucius Titius eo nomine conveniri poſſit, vel res ejus obligatæ eſſent, propter verba epiſtolæ ſupraſcripta? Reſpondi, neque conveniri poſſe, neque res obligatas eſſe.* Ex hoc loco intelligitur: quod procurator ampliſſimo & liberrimo hoc mandato ad negotiandum conſtitutus, poteſt emere, vendere, permutare, etiam mutuas pecunias accipere, & pignus conſtituere domini nomine: quia ea ſunt ex negotiis. tantum deſideratur: ut, cum ea agit, res ſpectet ad negotiationem: quam unam ei permiſit dominus. quod ſi alia ex cauſa æs alienum contrahat, aut domini bona pignori obliget: ad dominum non pertinet: ut ſi (qui eſt caſus *d. l.* 60. §. 4. *in fine*) cum magiſtratu fungeretur procurator, ea ex cauſa debitor ſit civitatis, vel res domini obligaverit: non id ſpectat ad dominum, nec idcirco ejus res tenentur: quia non eſt ex negotiis.

Sed apparet, quod dixi, eſſe unum mandatum quo conceditur generalis omnium negotiorum adminiſtratio, & quo conceditur libera omnium negotiorum adminiſtratio: & tamen id ex domini voluntate, & rerum conditione aliquam invenit varietatem: ingente differentia, utrum procuratori ad negotiandum de rebus domini, an ad adminiſtrandas domini res data ſit omnium negotiorum, aut etiam libera omnium negotiorum adminiſtratio. fuitque id eo diligentius annotandum: quia ſimili ratione intereſt; utrum ſervus a domino accipiat adminiſtrationem omnium rerum, negotiorumve domini: an accipiat peculii adminiſtrationem, aut liberam peculii adminiſtrationem. nam accepta adminiſtratione rerum domini, poteſt quidem fructus, & ſi quæ præterea facile corrumpantur, alienare: ſed res mobiles aut immobiles alienare non poteſt: exemplo procuratoris totorum bonorum cui res adminiſtrandæ mandatæ ſunt *l.* 63. *D. de procuratoribus.* longe aliter, ac cum ſervo data eſt peculii adminiſtratio, vel libera peculii adminiſtratio. nam tum alienare res peculiares eum poſſe, extra dubitationem eſt *l.* 18. §. *ult. D. de pigneratitia actione:* eo quod peculium eſt quaſi proprium ſervi patrimonium *l.* 39. *D. de peculio.* deinde datur ſervo plerumque peculium ad negotiandum magis, quam ad cuſtodiendum. Et tamen, quod de totorum bonorum procuratore cui conceſſa ſit libera rerum adminiſtratio, dixi, etiam dicendum eſt de ſervo & filiofamilias cui permiſſa ſit libera peculii adminiſtratio, poſſe facti quæſtionem eſſe, quantum ei ſub ea appellatione ſit conceſſum *l.* 1. §. 1. *D. Quæ res pignori. l.* 7. *pr.* §. 1. 2. & 3. *D. de donationibus.*

CAPUT XXVIII.

De pactis principalis debitoris, itemque fidejuſſoris, & unius ex duobus correis, ſive ſocii ſint, ſive non ſint.

Hoc loco videbo de pacto rei principalis, itemque fidejuſſoris, & unius ex duobus correis. ſed primum de reo dicam. is ſi paciſcatur, Ne pecunia petatur: intereſt; utrum in rem, an in perſonam paciſcatur. nam ſi in perſonam pactus ſit reus; fidejuſſor non utetur pacti exceptione *l.* 22. *D. de pactis:* quia perſonale pactum non prodeſt alii, quam paciſcenti *l.* 25. §. 1. *D. eod. tit.* quod ſi in rem pactus ſit reus: pacti exceptio non tantum ei, ſed & fidejuſſori ejus prodeſt: quia in rem pacta proſunt omnibus quorum obligationem diſſolutam eſſe, ejus qui paciſcebatur, interfuit *l.* 21. §. *ult. D. eod. tit.* intereſt autem rei principalis, ne fidejuſſor conveniatur: quia is ſi quid pro reo ſolvit, ab eo poteſt mandati judicio repetere *l.* 32. *D. eod. tit.* At enim unius pactum non prodeſt alteri *l.* 73. §. *ult. D. de regulis juris.* Nempe principaliter: nam per conſequentiam alteri prodeſſe non prohibetur: modo ſi ne paciſcenti quidem prodeſſet; niſi ad alium quoque pertingeret pacti effectus *l.* 23. *D. hoc. tit.* quoties igitur regreſſum adverſus reum habet fidejuſſor, ſuccurretur ei exceptione pacti quod fecit reus: quoties autem non habet eum regreſſum, ut ſi donandi animo fidejuſſit: non prodeſt ei exceptio pacti a reo facti. egregie Paulus *l.* 32. *D.*

Digitized by Google

D. eod. tit. Quod dictum eſt, ſi cum reo pactum ſit, ut non petatur, fidejuſſori quoque competere exceptionem: propter rei perſonam placuit, ne mandati judicio conveniatur. igitur ſi mandati actio nulla ſit, forte ſi donandi animo fidejuſſerit: dicendum eſt, non prodeſſe exceptionem fidejuſſori.

Quod dixi, maxime verum eſt: ſi perpetuum ſit rei pactum. imo, & ſi ſit temporale; quale eſt, Ne intra annum petatur. nam hoc utrique proderit intra annum: ultra neutri. ſic Paulus §. 1. *l.* 27. *D. de pactis*: utique, ſi reus æque de ſe pactus ſit, ac de fidejuſſore. Sed fac, dixiſſe, Ne a fidejuſſore petatur: de ſua perſona nihil dixiſſe. ait Paulus, fuiſſe qui putarent, nihil id prodeſſe fidejuſſori, quamquam id rei interſit. ac moviſſe eos: quod ea demum competere fidejuſſori debeat exceptio quæ & reo. ſenſus Pauli: Unuſquiſque debet ſibi paciſci: at reus ſoli paciſcens fidejuſſori, alteri paciſcitur: quod per liberam perſonam fieri nequit. nec mutat, quod rei intereſt, ne a fidejuſſore petatur. nam id fit per conſequentiam: cum exceptio debeat reo prodeſſe principaliter; & fidejuſſori demum propter reum per conſequentiam *d. l.* 32. nempe debet rei pactum originem ſumere a reo; & per eum ad fidejuſſorem pertingere. quod ſi a reo non ſumat originem: non pertinet ad fidejuſſorem. Sic quidam. Sed Paulo aliud ſedet. ait enim, *Ego didici prodeſſe fidejuſſori exceptionem:* & addit, *Non ſic enim illi per liberam perſonam adquiri, quam ipſi qui pactus ſit, conſuli videtur.* Subaudienda vocula *tam*, vel *magis*; ut ſæpe alibi. ſenſus Pauli eſt: Cum reus pactus eſt, Ne a fidejuſſore petatur, & de ſe nihil dixit; exceptionem fidejuſſori prodeſſe propter reum: non quod ea ſic fidejuſſori per liberam perſonam adquiritur: ſed quia a reo tacite agitur hoc pacto; ut ſibi conſulat: quando ejus intereſt, exceptionem fidejuſſori dari, etſi de ſe non fuerit loquutus. porro alteri paciſcimur recte; ſi noſtra interſit: ut, ſi agamus, quo nobis conſulamus: non ut uni conſulamus ei cui paciſcimur. quod ſi eſt: apparet, reum paciſcendo fidejuſſori, non tam agere rem fidejuſſoris, quam ſuam: ideoque fidejuſſorem, quod per ſe non habet ex alieno pacto, id contemplatione principalis rei accipere. ſic Paulus; atque eo verius: quia ſubjicit, *Quo jure utimur.*

Ne illud quidem hic negligendum, quod Furius Anthianus *l. ult. D. de pactis* refert, ſi reus, poſtquam pactus ſit, a ſe non peti pecuniam, ideoque cœpit id pactum fidejuſſori prodeſſe, rurſus pactus ſit, ut a ſe peti liceat: quæſitum eſſe, an utilitas prioris pacti fidejuſſori poſteriore pacto ſublata eſſe intelligatur. ſed cum Marcianus *l.* 19. *D. de exceptionibus* ſcribat, Omnes exceptiones quæ reo competunt, fidejuſſori, etiam invito reo, competere; forſan verius fuerit, fidejuſſori invito per poſterius pactum non extorqueri pacti exceptionem ei priore pacto ſemel adquiſitam. ſic Furius Anthianus *d. l. ult.* Sed aliter viſum Paulo *l.* 27. §. 3. *D. de pactis*: his verbis: *Eadem ratione contingit, ne fidejuſſoribus prius pactum proſit.* Niſi quis Paulum ſic accipiat: quaſi non loquatur de pacto rei principalis, ſed de pacto fidejuſſoris: ut ſenſus ſit, Si pactus ſit fidejuſſor, ne a ſe petatur; & is rurſus paciſcatur, ut a ſe petatur: prius pactum non prodeſſe fidejuſſori.

Hoc, ſi reus pactus ſit, Ne petatur. quid ſi vice verſa ſic pactus ſit fidejuſſor? placet, hanc conventionem neque reo prodeſſe, neque confidejuſſori *l.* 23. *D. eod. tit.* primum non prodeſt reo hæc conventio: quia nihil intereſt fidejuſſoris, a reo non peti. nam excuſſo reo liberatur fidejuſſor. nec datur reo regreſſus adverſus fidejuſſorem. ita ſive in perſonam, ſive in rem paciſcatur fidejuſſor: pactum ipſi quidem prodeſt, at reo non prodeſt: quia poteſt fidejuſſor paciſcendo ſibi conſulere, alteri non poteſt. Eadem ratione nec confidejuſſori prodeſt fidejuſſoris pactum: nam alter ſolidum ſolvens, non habet regreſſum adverſus alterum, niſi ante ceſſis ei a creditore actionibus *l.* 39. *D. de fidejuſſoribus.* Aliquis dicet, intereſſe fidejuſſoris, ne a reo, neve a confidejuſſore petatur: quia, ut poſt ſolutionem non poſſint actiones ante non ceſſæ, confidejuſſori competere adverſus confidejuſſorem: poteſt tamen fidejuſſor, ante quam ſolvit, a creditore petere, ſibi cedi actiones quas habet contra confidejuſſorem *d. l.* 39. Sed animadvertit Antonius Faber, *Rationalibus*, non poſſe creditorem fidejuſſori parato ſolidum ſolvere, alias præſtare actiones, quam ipſe habeat: non autem habere efficaces adverſus fidejuſſorem, cum quo pactus ſit, actiones. non igitur poſſe fidejuſſori præſtare efficaces actiones adverſus ejus confidejuſſorem. ſed nec poſſe fidejuſſorem cum creditore pactum, Ne petat, magis a confidejuſſore, quam a creditore conveniri. Non igitur intereſt fidejuſſoris pacti cum creditore, utrum confidejuſſoribus proſit ejus pactum, an non proſit: &, ut bene ait Paulus *d. l.* 23, non quoquo modo cujuſque intereſt, cum alio facta conventio prodeſt; ſed tunc demum, cum per eum cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus eſt, proficiat: ſicut in reo promittendi & his qui pro eo obligati ſunt.

Cæterum, quamquam fidejuſſoris pactum neque reo, neque confidejuſſori proſit ad exceptionem pacti: probat tamen ex Juliano Paulus, *l.* 25. §. 2. *D. de pactis*, obtinuiſſe, ut plerumque reo proſit doli exceptio: videlicet, ſi hoc actum ſit, Ne a reo quoque petatur. idemque in confidejuſſoribus eſſe, Ulpianus refert *l.* 26. *D. eod. tit.*

Finge tamen: aliquis in rem ſuam fidejuſſit. is convenit, Ne petatur pecunia. puta,

ta, debebam pecuniam; & conventus a creditore, fidejuſſi pro eo qui me defendit apud Judicem. mox ſum pactus cum creditore, Ne petat. an defenſori prodeſt pacti exceptio? ait Paulus *l.* 24. *D. eod. tit.* & cauſatur, fidejuſſorem hic pro reo haberi: pactumque cum eo factum, non cum eo, ſed cum reo factum intelligi.

A reo & fidejuſſore tranſeo ad duos debendi reos. nam in his quoque quæritur: an pactum unius proſit alteri? puto autem, referre; utrum ſocii ſint, an non ſint. nam ſi ſocii ſint, & ab uno ſit pactum conventum, Ne petatur: placet, exceptionem pacti etiam alteri prodeſſe: propter regulam §. *ult. l.* 21. *D. eod. tit.* intereſt enim correi, ne a correo petatur: quia quod unus ſolverit, id ab altero repetit actione pro ſocio. is eſt ſenſus *l.* 25. *D. eod. tit.* maxime conjunctæ cum fine *l.* 23. *D. eod. tit.* eſt enim utraque ex eodem *lib.* 3. Pauli *Ad Edictum.* ſic: ſi ſocii ſint correi. quid, ſi non ſint? jam alteri non prodeſt alterius pactum; quia paciſcentis, ut correo proſit pactum, non intereſt principaliter: cum alter quod ſolvat, ab altero non repetat. atque hæc diſtinctio confirmatur *l.* 3. §. 3. *D. de liberatione legata.* Etſi poſſit eo quoque in loco aliqua videri difficultas: quam movet & tollit Bachovius, ad *τὰ πρῶτα pag.* 620. ea difficultas eſt: quod Ulpianus ait, Julianum reſpondiſſe, legata uni ex correis liberatione, oportere eum ab herede liberari non pacto, ſed acceptilatione: addita ratione; ne alioquin, dum ab altero petitur, alter inquietetur. ita vero ſignificari videtur, pactum unius correi debendi alteri non prodeſſe, ne ſocio quidem. Hæc difficultas. ad hanc tamen reſpondet Bachovius, non fuiſſe Juliano propoſitum, tradere, quo modo neceſſe ſit, fieri unius correi liberationem: ſed quo modo ea contingat quam prudentiſſime: id eſt, ita, ut in omnem eventum pleniſſime ſecurus ſit legatarius. id vero commode fieri per acceptilationem: quia per hanc ipſo jure tollitur obligatio. cæterum pacto non æque commode fieri: nam actione ipſo jure contra alterum durante, facile evenire, ut alter exigatur, alter inquietetur. In hunc fere ſenſum Bachovius. cujus reſponſio ſi placet, ut probabilis videtur D. Vinnio, *De pactis c.* 16. *n.* 5. apparet, argumentum quod ea difficultas facit a conſequentia rationis, nihil directo & palam concludere.

Similis quæſtio eſt: an pactum unius ex duobus argentariis, aut duobus correis ſtipulandi, alteri noceat? eam quæſtionem definit Paulus *l.* 27. *D. de pactis*, his verbis. *Si unus ex argentariis ſociis cum debitore pactus ſit: an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec ſi in rem pactus ſit, alteri nocere: tantum enim conſtitutum, ut ſolidum alter petere poſſit. idem Labeo: nam nec novare alium poſſe, quamvis ei recte ſolvatur.* † *Sic enim & his qui in noſtra poteſtate ſunt, recte ſolvi, quod crediderint, licet novare non poſſint: quod eſt verum.* † *Idemque in duobus reis ſtipulandi dicendum eſt.* Sic Paulus, ſatis obſcure. primum negat, pactum unius ex argentariis factum cum debitore, alteri nocere; ſi non ſint ſocii. hoc enim modo mihi concipienda videtur Pauli ſpecies: & eſſe legendum initio legis, *Si unus ex argentariis cum debitore pactus ſit*; vel, *Si unus ex argentariis duobus cum debitore pactus ſit.* Sic conjicio; & fidem conjecturæ facit finis ejuſdem legis: qui finis ait: *Idemque in duobus reis ſtipulandi dicendum eſt:* nec *ſociorum* meminit ullo modo. Huc igitur redit Pauli diſputatio: ut putemus, ſi unus ex duobus argentariis, aut unus ex duobus ſtipulandi reis, qui non ſint ſocii, cum debitore pactus ſit: ejus pactionem alteri numquam nocere; nec ſi in rem pactus ſit: & pro ratione addit Paulus: quod tantum conſtitutum eſt; ut alter poſſit ſolidum petere; itemque ut poſſit ei ſolidum ſolvi. dehinc contrariis occurrit Paulus quaſi per occupationem his verbis. *Nam nec novare alium poſſe, quamvis ei recte ſolvatur.* Senſus eſt, Aliquis objiciat: ſi poteſt uni ex argentariis ſolvi: quid ni uni permittatur paciſci? non enim abſimilis eſt ſolutioni pactio. nam ut ſolutio, ſic pactio perimit obligationem: etſi non ipſo jure: utique ope exceptionis. hæc objectio. At reſponſio talis eſt. non ſemper procedit illatio a ſolutione ad novationem: ut maxime novatio obligationem perinde tollat ipſo jure, ac ſolutio *l.* 10. *D. de novationibus.* multo igitur minus valet argumentum a ſolutione ad pactum: cum obligatio pacto non ipſo jure, ſed per exceptionem tollatur. Is Pauli ſenſus ii his verbis. *Nam nec novare alium poſſe, quamvis ei recte ſolvatur.* Ubi enim *alium* dicit; non intelligit alium argentarium aut alium correum; (uti videtur prima facie) ſed intelligit *alium* ab argentario aut correo diverſum: cui recte quidem ſolvi poſſit; jus vero novandi non ſit. is quoque ne obſcurus eſſet: ponit Paulus exemplum in filiofamilias: cui poteſt ſolvi quod crediderit; at ejus novatio non eſt. Sic Paulus, etiam Celſus *l.* 25. *D. de novationibus:* Verba Celſi. *Non ideo novare veterem obligationem quiſquam recte poteſt, quod interdum recte ei ſolvitur. nam & his qui in noſtra poteſtate ſunt, quod ab his creditum eſt, recte interdum ſolvitur: cum nemo eorum per ſe novare priorem obligationem jure poſſit.* Hactenus Celſus: viſuſque mihi eo notabilior eſſe hic locus: quia eſt ex *Celſi lib.* 1. *Digeſtorum:* quo eum de pactis ſcripſiſſe, conjicio ex *l.* 9. *D. de probationibus*, & *l.* 33. *D. de pactis.* nec inveriſimile mihi ſit, Celſum in *d. l.* 25. eamdem tractaſſe quæſtionem de pacto unius ex duobus correis: eique præſentem aptaſſe diſputationem, modo ab ea quæ Pauli eſt, non diverſo. utcumque erit: eſt in *d. l.* 27. *D. de pactis* clarus Pauli ſenſus, Pactum

ab

Digitized by Google

ab uno ex duobus argentariis, aut uno ex duobus correis ſtipulandi qui non ſint ſocii, factum cum communi debitore, alteri non nocere; licet in rem pactus ſit, a debitore non peti. ſcilicet: quia eo pacto non tollitur obligatio; & ut is qui pactus ſit, agens repellatur pacti exceptione: nil tamen cauſæ eſt, quo minus alter experiatur cum debitore. habet enim eum obligatum ſubtili Jure; nec eſt cum eo pactus, ne petat; porro quod petit, neque correi nomine, neque ad ejus utilitatem petit; ſed ſuo nomine, & ad ſuam utilitatem: modo non ſint ſocii. alioquin palam quidem petit ſibi: at vi ipſa etiam ſocio petit: obligatus actione pro ſocio quod accipiat, cum ſocio communicare. eo igitur caſu alteri nocet unius pactum, ſicut prodeſt. Hoc Paulus *d. l.* 27. Idem, niſi fallor, intelligitur quoque ex *l.* 34. *D. de receptis qui arbitrium receperunt* quæ eſt ejuſdem Pauli. verba talia ſunt. *Si duo rei ſunt, aut credendi, aut debendi, & unus compromiſerit, iſque vetitus ſit petere, aut ne ab eo petatur: videndum eſt, an, ſi alius petat, vel ab alio petatur, pœna committatur. Idem in duobus argentariis, quorum nomina ſimul eunt. Et fortaſſe poterimus ita fidejuſſoribus conjungere, ſi ſocii ſunt. alias nec a te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur.* In hac lege proponit Paulus duos reos credendi aut debendi, aut duos argentarios quorum nomina ſimul eunt: pari loquendi forma qua ait Quintilianus *lib.* 1. *Inſt. orat. c.* 1. *pag.* 11. *Non longe itaque Latina ſubſequi debet, & cito pariter ire.* Vult vero Paulus, duorum argentariorum nomina ſimul ire: cum (ut dicitur in *l. 9. D. de pactis*) eorum nomina ſimul facta ſunt. adeo ſint (veniam enim ad rem) tales duo correi, aut duo argentarii. ex his unus in arbitrum conſenſit, compromiſſa pœna, ni ſtetur arbitri ſententiæ. is ab arbitro prohibetur petere. deinde petit ejus correus qui non compromiſit. an commiſſa eſt pœna adverſus eum qui prohibitus eſt petere? negat Paulus. & recte: non enim ipſe petit, neque per ſe, neque per alium: ſed ejus correus petit. hic vero non eſt prohibitus petere. accedit, quod is petit ſuo, non correi nomine. ita Paulus: ſi non ſint ſocii. at quid, ſi ſint? contra putat, eſſe commiſſam pœnam: propterea, quod ut non directo petat, tamen vi ipſa petit: eo quod actione pro ſocio eſt venturus in partem ſocii. tenetur igitur præſtare ſocii factum: ne (quod idem Paulus ait *l.* 5. *D. Si quis cautionibus*) dolus ei proſit propter ſocietatem: id eſt, ne ſocietas præbeat occaſionem improbi quæſtus.

F I N I S.

N O T I T I A
C A P I T U M O P E R I S
D E
PACTIS ET TRANSACTIONIBUS.

Cap. I. *Edictum de pactis & tranſactionibus accepiſſe originem a Lege Duodecim Tabularum. ejus Legis & Edicti uſus & ratio.* 483

II. *In Edicto Prætoris late patere verba, Pacta conventa: nec referre, utrum ſint expreſſa, an tacita. horum complura & diverſi generis exempla ſane elegantia; nec peræque clara & evidentia.* 485

III. *Prætorem in hoc Edicto ſub appellatione pacti conventi tam tranſactionem complecti, quam donationem: id eſt, pactionem & conventionem in ſpecie. & quid his ſignificetur?* 490

IV. *Prætorem in hoc Edicto ſervare pacta conventa in rem, & in perſonam. & quæ illa?* 494

V. *Cum a Prætore petitur ſervari pactum conventum; probari oportere, eſſe inter eos inter quos agitur, ac de re qua de agitur, conſenſum. Utriuſque generis exempla pulchra & difficilia.* 494

VI. *Prætorem pacta conventa in hoc Edicto non actione ſervare, ſed exceptione; & eſſe ei ſermonem non de quibuſvis pactis, ſed de his quibus agitur, Ne petatur. ea Prætoris mens unde conjiciatur: cum latiſſima ſint ejus verba. Ulpianum in Edicti interpretatione enumerare omnia pactionum genera: cum Prætor agat de pactis nudis, Ne petatur. & quæ ſit ejus rei ratio?* 498

VII. *Conventiones alias eſſe publicas, alias privatas: & has rurſus eſſe Juris gentium, vel legitimas. quæ conventio ſit publica aut privata?* 498

VIII. *Quo ſenſu Ulpianus in l. 5. D. de pactis legitimam conventionem diſtinguat a Juris Gentium conventione. Pauli definitionem quæ eſt in l. 6. D. eod. tit. eſſe bonam: ſed Ulpiano imprudenter jungi ab Artchitectis*

Juris. exempla legitimarum conventionum ex ſententia Ulpiani. Legitimas conventiones aliquando uſu ſic accipi, quaſi ſint Juris Gentium. etiam Juris Gentium conventiones aliquando induere naturam legitimarum. eſſe Juris Gentium conventiones quarum obligationes dicuntur civiles: & cur? 500

IX. *Conventiones Juris gentium eſſe nudas vel non nudas. has dici contractus. quid contractus? eum eſſe duplicem: alium certum ac nominatum: alium incertum & innominatum.* 503

X. *De nudis conventionibus.* 507

XI. *De pactis adjectis contractibus bonæ fidei.* 509

XII. *De pactis adjectis contractibus ſtricti juris.* 514

XIII. *De legitimis conventionibus ex definitione Pauli l. 6. D. de pactis.* 519

XIV. *Donationes, ſive pacta conventa in ſpecie, tantum ſervari per exceptionem pacti conventi. tranſactiones etiam aliter.* 525

XV. *Prætorem hoc Edicto non ſervare pacta injuſta: qualia ſunt dolo malo facta.* 528

XVI. *Non ſervari a Prætore pacta adverſus leges, aut in fraudem legum facta. quid ſit adverſus legem facere; & quid facere in fraudem legis. Prætoris Edictum ſic eſſe acceptum, quaſi adverſus leges paciſcatur qui paciſcitur adverſus publicam utilitatem; & qui paciſcitur adverſus privatam utilitatem, adverſus leges non paciſcatur. pactum de delictis privatis, cum civiliter agitur, valere ante commiſſis delictis: alioquin non valere. crimina publica aut privata numquam recipere pactionem. nec referre, utrum ea pactio fiat poſt admiſſa crimina, an ante. quin tranſactionem de his factam, videri corruptionem, etiam concuſſionem, & falſum, nec citra pœnam eſſe. reo tamen, ſi tranſegerit de capitali crimine, ignoſci Principum humanitate.* 529

XVII. *De tranſactione alimentorum ex Oratione D. Marci.* 532

XVIII. *An poſſit tranſigi de controverſiis ex teſtamento proficiſcentibus, ante non inſpectis, cognitiſve teſtamenti verbis?* 535

XIX. *Prætori non eſſe propoſitum in hoc Edicto, ſervare pacta conventa facta adverſus Jus Civile, cum ſcriptum, tum non ſcriptum. De forma pleriſque negotiis data Civili Jure. & an contra hanc poſſit pactum conventum fieri expreſſe vel tacite. & quid de cauſis?* 536

XX. *Paciſci poſſe omnes qui poſſunt conſentire: niſi ſi regulis Juris excipiantur. inde quæri de pupillo, item minore viginti quinque annis, & prodigo.* 542

XXI. *Neminem Jure Civili poſſe ſua pactione alteri nocere aut prodeſſe. An jus ſit debitoris heredibus, pacto ſuo nocere ejus creditoribus? Num quorumdam creditorum pactum cum communi debitore factum, noceat aliis qui non conſenſerint? De pacto majoris partis creditorum facto cum debitoris herede ſuſpectam habente ejus hereditatem.* 544

XXII. *Scævolam in l. 14. D. de tranſactionibus non ſervaſſe gloriam integritatis.* 546

XXIII. *An & quando quis futuro heredi pacto ſuo poſſit prodeſſe aut nocere?* 550

XXIV. *De pacto patris & filii in poteſtate exiſtentis. item de pacto ſervi qui ſit in domini poteſtate.* 550

XXV. *An perſonis conjunctis non exiſtentibus in poteſtate paciſcentis aut ſtipulantis, ejus pactione aut ſtipulatione adquiritur exceptio pacti, aut actio ex ſtipulatu?* 551

XXVI. *De Pactis adminiſtratorum, ut tutorum, curatorum, actorum municipii.* 556

XXVII. *De pactis procuratorum. Eos procuratores videri duplices: vel eſſe unius rei qui procuratores ſpeciales appellantur; vel eſſe univerſorum negotiorum, & hos dici generales procuratores: etiam dici habere liberam omnium negotiorum adminiſtrationem. quæ ratio ejus locutionis: & quid ea ſignificetur? item, quæ ſit utriuſque procuratoris poteſtas?* 557

XXVIII. *De pactis principalis debitoris, itemque fidejuſſoris & unius ex duobus correis, ſive ſocii ſint, ſive non ſint.* 560

F I N I S.

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

JULIUS PAULUS,

SIVE DE

PARTUS EXPOSITIONE

ET

NECE APUD VETERES

LIBER SINGULARIS.

EDITIO QUARTA.

Digitized by Google

PAULUS l. 4. D. de agnoſcendis & alendis liberis.

Necare videtur non tantum is qui partum perfocat, ſed & is qui abjicit, & qui alimonia denegat, & is qui publicis locis miſericordiæ cauſa exponit, quam ipſe non habet.

Digitized by Google

GERARDI NOODT,
Juriſconſulti & Anteceſſoris,

JULIUS PAULUS,

SIVE

DE PARTUS EXPOSITIONE ET NECE APUD VETERES,

LIBER SINGULARIS.

PRÆFATIO.

De partus expoſitione & nece extat ſub Titulo Digeſtorum De agnoſcendis & alendis liberis, capite quarto, Fragmentum Julii Pauli, Juriſconſulti, ex libro II. Sententiarum, Titulo XXIV, ſane pulchrum, nec minus celebre, ſed effugit induſtriam hominum doctrina excellentium. Quotus enim quiſque eo non utitur, cum quæritur, an pater teneatur tollere liberos quos generavit? quotuſquiſque non clamat, patrem qui filium abjicit, aut exponit alienæ miſericordiæ quam ipſe non habet, filium æque necare, ac ſi eum ſtrangulet, idque Julium Paulum opinari? Et certe eum qui non hominem modo, ſed patrem quoque, exuit, eſſe deteſtabilem, dignumque omnium odio, quis, niſi quem pigeat humani generis, negaverit? Sed quod præterea clamant, patrem ob infantis expoſitionem, abjectionem, aut eliſionem, jure Pandectarum fuiſſe coërcitum legis Corneliæ de ſicariis, aut Pompejæ de parricidiis, aut qua extraordinaria, pœna, idque Paulum exiſtimaſſe; vix a me impetro, ut credam. imo arbitror, id Paulo numquam veniſſe in mentem; longeque aliam fuiſſe ejus ſententiam. Sed impoſuit Doctiſſimis Viris imago argumenti quod ex Pauli verbis a conſequentia, quamquam ad ſpeciem probabili, tamen imprudente, faciunt. Nec id feciſſent; ſi, quod decet Juriſconſultos, utique eos qui paulo ſupra vulgi humilitatem aſſurgunt, ad hiſtoriam Juris, uſumque Fori Romani qui ætate Pauli fuit, animum diligentius adjeciſſent. Mea enim ſententia, nihil verius eſt, quam infantum expoſitionem necemque Jure Civili non dicam piam atque honeſtam, ſed impunitam licitamque, fuiſſe non modo ſub Gentilibus, ſed ſub Chriſtianis quoque, Imperatoribus, uſque ad principatum Valentiniani, Valentis, & Gratiani. Atque hoc ſi eſt; nonne efficitur, Paulum qui non Juris conditor, ſed Juris interpres, fuit, etſi ejus ſcripta Principum Conſtitutionibus deinde Juris vim acceperint, non potuiſſe, ſalva artis ſuæ auctoritate, ſcribere, patrem qui ſanguinolentos liberos necaverit, abjecerit, aut expoſuerit, in Foro Romano ad legis Corneliæ, aut Pompejæ, alteriuſve pœnæ, ſeveritatem pertinere? Et tamen non inficior, ne id ſcelus in ſe admitteret pater, apud ſapientes ac bonos in Juris præceptis fuiſſe. Sed inter ea & Juris regulas ingens differentia eſt. habet enim regula legis neceſſitatem; ac, ſi negligitur, vigore publicæ diſciplinæ vindicatur: præceptum vero neque obligat quem Civili Jure; neque cui pœnam minatur, niſi divinam. Ita fit, ut quod Juris præceptis execrabile ſit, per temporum morumque feritatem ſtultitiamve Juris regulis neque prohibeatur, neque puniatur. Interim utriuſque generis obſervationem peræque ad Juriſconſultum, illum bonum & ſanctum virum, pertinere, Veteres exiſtimabant. quippe, cum Civilem Sapientiam, exemplo Philoſophiæ, partim ſcientia, partim actione, cenſerent. Et proinde qui ad exponenda Veterum Fragmenta ſerio animum appellit, eum, ne cruda evadat ejus diſputatio, inter cætera quoque quid in præceptis, quid in regulis, quoquo tempore fuerit, diligenter attendere oportet. Nec enim quis tam rudis humanarum rerum ſit, ut in his eamdem omnium ætatum locorumve æſtimationem fuiſſe arbitretur. Ego certe ei qui ſic ſentiat, non aſſentiar temere. quin ſemper exiſtimavi, artem noſtram non uno tempore de cœlo delapſam eſſe imbris more; ſed incrementa ſua ab experimento utilitatis paulatim accepiſſe: ſed nec ipſam per tot ſecula parem atque eamdem fuiſſe; verum ab hominum paupertate, ſeveritate, opibus, mollitie, feritate, diſciplina, religione, pace denique & bello, ſæpe aliam atque aliam apparuiſſe. Atque ideo quod alibi, idem hic, obſervavi: ut ſuis quæque temporibus reſtituerem; & quæ ex regulis Juris proficiſci viderentur, ad Forum remitterem; quæ vero pietatis atque officii eſſe, exiſtimarem, ea non Juris regulis, ſed præcep-

cep-

ceptis, accenſerem. Sed & illa mihi cautio fuit, ne civilia remedia quæ fere hic novit vetuſtas, cum criminis perſecutione quam primi introduxere Imppp. Valentinianus, Valens, & Gratianus, conſtituta non arbitraria, ſed capitali, animadverſione, confunderem. Quod alioquin adeo ſecure fit: ut non ſatis mirari potuerim, non animadvertere hic Juriſconſultos præclara fama, ea quæ civilia ſunt, privata partium utilitate finiri: criminalia vero ad exempla ſpectare; neque aliud agere, quam ut læſa reipublicæ diſciplina delinquentis pœna atque infortunio vindicetur: poſtremo, nec utraque in uno atque eodem Foro, neque ab uno atque eodem Magiſtratu, examinari; ſed civilia judicia ad Prætoris, criminalia ad Præfecti Urbis, cognitionem pertinere. Habes ſummam Operis, quam patitur modus Præfationis. nunc ipſum aggredior, & quod poſcit elegantia materiæ, deinde ſingula, quam potero diligentiſſime, demonſtrabo.

CAPUT I.

Ita obtinuiſſe plurimarum gentium humaniorum, & in primis Græcarum, legibus ac moribus, ut parentum arbitrio permitteretur, utrum vellent tollere, an exponere, aut necare, infantes recens natos.

Quis credat, apud gentes, non feras, nec barbaras, ſed virtutis, humanitatis, cultioriſque vitæ, ſtudioſas, legibus moribuſque fuiſſe receptum; ut eſſet in parentum poteſtate, liberos recens natos, ſi eis videretur, tollere; ſin minus, necare, aut exponere? Eam tamen immanitatem, a qua nunc & natura & communis ſenſus abhorret, Græcis palliatæ imputant fabulæ. Nec illæ tantum, ſed Ariſtoteles quoque, *lib.* 7. *De republica c.* 16. cum ſic ſcribit, *De exponendis autem vel tollendis partubus lex eſto, ne quid mancum & debile alatur. Propter multitudinem autem liberorum, ne plures ſint quam expediat, ſi gentium inſtituta & leges vetent procreata exponi: definitum eſſe oportet procreandorum liberorum numerum.* Ariſtoteles oſtendit, fuiſſe quidem in Græcis gentes quarum inſtitutis prohibita eſſet liberorum expoſitio; ſed fuiſſe quoque alias, & forte plures, apud quas eſſet licita. Adeo Thebis cum vigeret lex, *Ne cui Thebano liceret, infantem exponere, neque in ſolitudinem abjicere, capitis ſupplicio conſtituto*; tam ea digna obſervatu viſa fuit Æliano, ut ab eo & annotaretur, & laudaretur, *lib.* 2. *Var. hiſtor. c.* 7. Nec alio ſpectat quod Plutarchus de Lycurgi legibus ſic ſcribit, *vita ejus, pag.* 49. *tom.* 1. *edit. Pariſ. Arbitrium tollendi partus non erat penes parentem, ſed portabat eum in locum Leſchen nomine, ubi tribulium natu maximi conſidentes infantem ſpectabant. Qui, ſi membris compactis & robuſtis eſſet, tolli jubebant eum, fortemque ei ex novem millibus aſſignabant. Debilem & diſtortum amandabant in locum voraginoſum propter Taygetum, quas Apothetas nuncupabant: quaſi nec illi ipſi, nec civitati, qui non eſſet a primordio ad bonum habitum, neque ad robur, comparatus, expediret vivere.* Sed de Græcorum inſtitutis ſatis.

CAPUT II.

In urbe Roma non licuiſſe parentibus ex lege Romuli, ac XII. Tabularum, necare aut exponere infantes recens natos, in primis maſculos, & ex ſequiore ſexu filias primogenitas, niſi illi infantes a vicinis quinque proximis judicati eſſent monſtroſi, debiles, ant inſignes ad deformitatem: ac, ſi contra facerent parentes, conſtitutas lege pœnas fuiſſe. Sed inſecutorum temporum mores eam legem uſque adeo in poteſtatem ſuam redegiſſe, ut parentibus facerent jus, liberos recens natos, qualeſcumque eſſent, exponere, aut necare, ſine metu criminis; eoſque mores valuiſſe temporibus Juriſconſultorum quorum Fragmentis cenſetur Pandectarum corpus.

Venio ad leges moreſque reipublicæ Romanæ: atque in ea primum ad Romuli leges. in his probat Dionyſius Halicarnaſſeus *lib.* 2. quaſi ſapienter & utiliter factum, quod is civibus ſuis impoſuit neceſſitatem tollendi omnem virilem prolem, & e filiabus eas quæ primogenitæ eſſent: tum, quod præterea vetuit, id quod natum eſſet, ante triennium occidi: niſi ſi quis infans in ipſo partu editus eſſet mutilus, aut monſtroſus. tales enim fœtus Romulus, quia pro liberis eos non habebat, exponi a parentibus minime vetuit: modo, ſi prius oſtenſi eſſent quinque vicinis proximis; atque illi quoque exponendos eſſe cenſuiſſent. poſtremo ait Dionyſius, quod, ſi qui contra feciſſe dicerentur, eos Romulus certæ obligavit pœnæ: eaque pœna fuit cum alia, tum publicatio partis dimidiæ bonorum.

Ver-

Verba Dionyſii ſi quis conſiderare velit, appoſui; ſunt autem hæc. *Romulus igitur his inſtitutis civitatem inſtructam & ornatam, tam ad pacem, quam ad res bellicas, ſatis habilem & idoneam reddidit: eamque hac ratione & magnam & frequentem fecit. Primum quidem ejus colonis neceſſitatem impoſuit educandi omnem virilem prolem, & e filiabus eas quæ primogenitæ eſſent, & vetuit, ne ullum fœtum triennio minorem necarent, niſi ſi quis infans mutilus aut prodigioſus ſtatim in ipſo partu editus fuiſſet. Nam non vetuit iſtiuſmodi monſtroſos partus a parentibus exponi: dummodo eos prius oſtenderent quinque vicinis proximis, ſi & ipſi id comprobarent. In eos vero qui contra leges iſtas feciſſent, mulctas ſtatuit, cum alias, tum etiam hanc qua dimidium bonorum quæ illi poſſiderent, ærario addixit.*

Illud æque obſervandum, quod cam Romuli legem, etſi neque ipſam valde juſtam atque humanam, deinde Decemviri confirmarunt in Duodecim Tabulis. Id enim intelligitur ex illo Ciceronis, *lib.* 3. *De legibus, Deinde cum eſſet cito necatus, tanquam ex XII. Tabulis inſignis ad deformitatem puer.* Ad eaſque Tabulas reſpicit Seneca, filius, *lib.* 1. *De ira c.* 15. cum, *Portentoſos*, inquit, *fœtus extinguimus, liberos quoque ſi debiles monſtroſique editi ſunt, mergimus.* Et non filius tantum, ſed pater quoque, *lib.* 5. *Controv.* 33 his verbis. *Naſcuntur quidam aliqua parte corporis mulctati, infirmi, & in nullam ſpem idonei quos parentes ſui projiciunt magis, quam exponunt.*

Igitur viſum fuit Romulo & Decemviris, etſi non eum qui Thebanis, nec hunc qui Lycurgo placuit, tamen aliquem impietati finem ponere. cæterum aperta ei per legem feneſtra, ut fit, longius mali perrexerunt mores. Non enim filias primogenitas a ſequentibus, neque filios a filiabus, diſtinxerunt; ac neque infirmos aut portentoſos tantum, quod & Romulo & Decemviris fuit conſilium; ſed integros quoque qui parentibus oneri futuri viderentur, vel eis ob ſexum, aut conjugis odium, aut aliquod omen, aut aliter, diſplicerent, exponi, abjici, aut necari, paſſi ſunt. Nec defuit immanitati cauſa aut potius color. ea cauſa atque is color fuit: quod partus nondum editus *l.* 9. §. 1. *D. Ad legem Falcidiam*, amplius recens natus, niſi nutricis opera interveniſſet, vulgo non haberetur homo. Eam cauſam adfert Philo Judæus, *De vita Moſis*, cum Moſis parentes in filii expoſitione ita loquentes facit, puto, ex ſeculi ſui ſenſu, *Debueramus recens natum exponere; quando priuſquam nutricis intercedat officium, vulgus vix habet pro homine.* Sic vulgus: ſed a Philoſophis, etſi non omnibus. Apud Plutarchum certe, *De placitis Philoſophorum lib.* 5. *c.* 15, cum quæritur, *an fœtus in utero animal ſit*, Plato *animal cenſet, quia & moveatur in utero & alatur.* Stoici *partem ventris, non animal: utque fructus, qui ſtirpium partes ſunt, ubi maturuere defluunt: ita rem quoque habere de fœtu.* Empedocles *fœtum non eſſe quidem animal, ſpiritu tamen præditum in utero. primam autem animalis reſpirationem fieri, cum partu editur, decedente humore qui eſt in fœtu, & in exhauſti locum ſuccedente in vaſa reſerata aere externo.* Diogenes *inanimata naſci animalia, ſed cum calore: atque inſitum calorem ſimul atque natum eſt animal, animum in pulmones attrahere.* Herophilus *naturalem fœtui in utero, non animalem motum permittit, motuſque cauſam edit nervos. animalia autem tum demum fieri, cum ex utero effuſa aliquid aëris accipiunt.*

Sed qualiſcumque fuerit ea ratio: placuit Populi Romani moribus adverſus legem Romuli & Duodecim Tabularum, parentibus jus eſſe, liberos ſanguinolentos, ſi eis videretur, tollere: ſin minus, exponere aut necare ſine diſcrimine: valueruntque hi mores temporibus Principum, ſub quibus floruerunt Juriſconſulti, ex quibus excerpta ſunt Pandectarum Fragmenta. Uſus certe his fuit Cæſar Auguſtus; cum apud Suetonium, *Octavio c.* 65. *Ex nepte Julia, poſt damnationem, editum infantem agnoſci alique vetuit.* Nec tantum Cæſar; ſed & privati. Suetonium audi, *Caligula c.* 5. *Quo defunctus eſt die, lapidata ſunt templa, ſubverſæ Deum aræ, Lares a quibuſdam familiares in publicum abjecti, partus conjugum expoſiti.* Nec alius fuit Tacito animus; cum Judæorum, Germanorumque, res exponens, *lib.* 5. *Hiſtor. c.* 5. & *De ſitu, moribus, & populis Germaniæ c.* 19. neque Judæis, neque Germanis, in more poſitum fuiſſe ſcriberet, *Numerum liberorum finire, aut quemquam ex agnatis necare*; quam quod ſuis civibus ſe rem novam, ac dignam admiratione, annotare exiſtimaret? id vero ineptum fuiſſet, ſi apud Romanos idem tum, quod apud Germanos, Judæoſve, jus fuiſſet? Non diſſimilis fuit ratio Q. Curtii *lib.* 9. *c.* 1. de regno Sophitis ita ſcribentis, *Gens, ut barbari, ſapientia excellit, boniſque moribus regitur. genitos liberos non parentum arbitrio tollunt aluntque: ſed eorum, quibus ſpectandi infantium habitum cura mandata eſt. ſi quos inſignes aut aliqua membrorum parte inutiles notaverunt, necari jubent.* Factum igitur Romæ utentium conſuetudine, ut pro jure Romuli, & XII. Tabularum, duro atque inhumano, deinde jus multo adhuc durius atque injuſtius ſurreperet. Ac neſcio, an hoc ſenſu Tacitus *d. c.* 19. poſtquam dixit, apud Germanos, *Numerum liberorum finire, aut quemquam ex agnatis necare, flagitium haberi*, mox ſubjiciat, *Pluſque ibi bonos mores valere, quam alibi bonas leges.* Aut enim me fallit conjectura, aut ad leges Romuli, & XII. Tabularum, intendit: quas *bonas* vocat; non quod omnino eſſent tales, ſed quod meliores eſſent moribus peſſimis, poſt eas inſecutis. Sed quod de utriſque dixi, apertius oſtendit Tertullianus, *Ad nationes lib.*

1. *c.* 15, quum de ſua ætate (quæ incidit in Septimii Severi principatum: tum enim id ſcripſit opus) fere ita loquitur, *Non aliter vos quoque infanticidæ qui infantes enecantes legibus quidem probibemini, ſed nullæ magis . . . . es tam impune tam ſecure ſub omnium conſcientia unius æ . . . . tabellis eluduntur. Sed nec eo diſtant, ſi vos non ritu ſacri, neque . . . . . tis. atquin boc aſperius, quod frigore aut fame aut beſt . . . . . tis, aut longiore in aquis morte ſemergitis.* Mutilus locus eſt: ſed, quid velit, claret. Chriſtianos enim defendit adverſus vulgarem Gentilium calumniam, a quibus Chriſtiani fiebant rei infanticidii ſpecie religionis commiſſi. Eam autem calumniam quo fortius infringat Tertullianus; ait, infanticidii crimen, ſi quod cadat in Chriſtianos, in his inique puniri a Gentilibus: qui, quamvis legibus quas eſſe Romuli, & XII. Tabularum dixi, prohibeantur necare infantes recens editos; tamen quotidie eos necent impune & ſecure, legibus illis deluſis atque abrogatis tabellis, ſeu ſuffragiis, *unius orbis:* ſic enim legendum; niſi cum Doctiſſimo Viro, Jacobo Gothofredo, malis, *unius ætatis.* Atque hoc eo adhuc iniquius eſſe, Tertullianus ait: quod Chriſtiani dicuntur, infantem necare ad uſum rei ſacræ; & ob id religionis ſive errore, ſive veneratione, excuſandi ſunt. Gentiles autem nullam habent excuſationem; quia infantem neque ritu ſacri, neque Diis, necant; ſed arbitrio ſuo. Poſtremo intereſt, quod Chriſtiani inſantem interficiunt ſine notabili crudelitate: Gentiles autem cum infantem exponunt, aſperius eum necant: nempe frigore, aut fame, aut beſtiarum laniatu, aut longiore in aquis morte. Unde effici, ut iniquum ſit, Chriſtianos a Gentilibus puniri ob id quod Gentilium moribus plane impunitum licitumque ſit. Superiori Tertulliani loco in ſumma par eſt ſequens ex ejus *Apologetico adverſus Gentes c.* IX. *Sed quoniam de infanticidio nibil intereſt, ſacro an arbitrio perpetretur, (licet de parricidio interſit) convertar ad populum. Quot vultis ex his circumſtantibus, & in Chriſtianorum ſanguinem biantibus, ex ipſis etiam vobis juſtiſſimis & ſeveriſſimis in nos Præſidibus apud conſcientias pulſem, qui natos ſibi liberos enecent? Si quid & de genere necis differt. Utique crudelius in aqua ſpiritum extorquetis, aut frigori & fami & canibus exponitis. Ferro enim mori ætas quoque major optaverit. Nobis vero homicidio ſemel interdicto, etiam conceptum utero dum adbuc ſanguis in hominem deliberatur, diſſolvere non licet. Homicidii feſtinatio eſt, probibere naſci; nec refert natam quis eripiat animam, an naſcentem diſturbet. Homo eſt & qui eſt futurus. Etiam fructus omnis jam in ſemine eſt.* Obſcurus locus eſt: ſed illuſtrabo. Tertullianus Populi appellatione deſignat Gentiles; & adverſus illos ut ſuperiore, ſic hoc, loco defendit Chriſtianos, infanticidii in ſacris & ſuſpectos, & puniri ſolitos: ſed putat, in his id puniri eo injuſtius, quod a Gentilibus etiam ſine ſacris impune admittitur: nam eos publicis moribus ſubnixos, quamvis impie apud conſcientiam, tamen infantes recens natos, pro arbitrio licite enecare, non dicam ferro, quod ſit levius; ſed quod crudelius in expoſitione eſt, aqua, frigore, aut canum laniatu. hoc porro jure uti, non hos de infima plebe, ſed totum Populum, in eoque etiam honeſtiſſimos, finge Præſides, ipſos viſos juſtiſſimos & ſeveriſſimos, cum in Chriſtianos, quaſi infanticidas, etſi inſontes injuria animadvertunt. nam Chriſtianos ab omni hominis cæde, tamquam a Deo ſemel prohibita, abſtinere: uſque adeo, ut non modo non necent infantes jam natos; ſed ne conceptos quidem materno utero, & adhuc informes, ſibi diſſolvere, ſalva pietate, licere exiſtiment: utcumque vel id impune publico jure permittatur: hoc prætextu, quaſi infans, nondum editus, nondum homo ſit. nam rerum naturam contemplantibus magis, quam popularem opinionem, eſſe homicidii feſtinationem, prohibere naſci; nec referre, natam quis eripiat animam, an naſcentem diſturbet. hominem quippe eſſe, & qui eſt futurus: quemadmodum fructus omnis jam eſt in ſemine. Sic Tertullianus. Quid Lactantius? is *lib. 6. Divin. inſtit. c.* 20. poſtquam complura enarravit apud homines licita, ſed Chriſtianis illicita; qualia ſunt intereſſe ſpectaculis publicis, item militare quæſtus cauſa, ſe occidere, & accuſare aliquem criminis capitalis; deinde opinatur, in eodem numero eſſe infantum ſanguinolentorum necem expoſitionemque: nam utramque apud Chriſtianos ex eorum diſciplina æque impiam ac ſceleratam haberi: quamvis moribus publicis licitam. Verba Lactantii quia complura ſunt, adſcribam contracta: ſunt autem hæc poſt alia. *Non enim cum occidere Deus vetat, latrocinari nos tantum probibet, quod ne per leges quidem publicas licet: ſed ea quoque ne fiant monet, quæ apud homines pro licitis babentur. ita neque militare juſto licebit, cujus militia eſt in ipſa juſtitia: neque vero accuſare quemquam crimine capitali, quia nibil diſtat, utrumne ferro, an verbo potius occidas, quoniam occiſio ipſa probibetur. Itaque in boc Dei præcepto nullam prorſus exceptionem fieri oportet, quin occidere hominem, ſemper ſit nefas, quem Deus ſanctum animal eſſe voluit. Ergo ne illud quidem concedi aliquis exiſtimet, ut recentes natos liceat oblidere, quæ vel maxima eſt impietas. ad vitam enim Deus inſpirat animas, non ad mortem. Verum homines, ne quod ſit facinus quo manus ſuas non polluant, rudibus adbuc & ſimplicibus animis abnegant lucem non a ſe datam. Expectet vero aliquis, ut alieno ſanguini parcant, qui non parcunt ſuo. Sed bi ſine ulla controverſia ſcelerati & injuſti. Quid bi quos falſa pietas cogit exponere? Non poſſunt innocentes exiſtimari, qui viſcera ſua in prædam*

canibus

Digitized by Google

canibus objiciunt, & quantum in ipſis eſt, crudelius necant, quam ſi ſtrangulaſſent. Quis dubitet, quin impius ſit, qui alienæ miſericordiæ locum non tribuit? qui etiam, ſi contingat ei quod noluit, ut alatur, addixit certe ſanguinem ſuum vel ad ſervitutem vel ad lupanar .... Tam igitur nefarium eſt exponere, quam necare. Sic Lactantius: clare oſtendens, hæc a Chriſtianis, haberi nefaria: cum in Foro publice licita atque impunita ſint. Nec aliter idem in *Epitom. Divin. inſt. c.* 6. verbis ſequentibus: *Vetus præceptum eſt, non occidere. quod ſic accipi debet, non tamquam jubeamur ab homicidio tantum, quod etiam legibus publicis jubetur, manus abſtinere. Sed ne juſſione interpoſita, nec verbo licebit periculum inferre, nec infantem necare aut exponere, nec ſe ipſum voluntaria morte damnare.*

Sed apparet, moribus adverſus XII Tabulas fuiſſe datum non dicam patri, ſed parentibus; (nam & matris meminit Scævola *l.* 29. *D. de manumiſſis teſtamento*, & Quintilianus *Declam.* 306.) ut, ſi vellent, poſſent, tollere ſanguinolentos liberos: ſin exponere, aut necare, mallent, non punirentur: eoſque mores temporibus Juriſconſultorum quorum centonibus conſtat Pandectarum corpus, ſine exceptione viguiſſe.

Caput III.

Eos mores non videri expunctos Senatuſconſulto Planciano, neque altero quod dicitur tempore Divi Hadriani factum, neque Reſcripto Divorum Fratrum, neque Edicto Prætoris, neque remedio quod majori trimo extra ordinem indulgetur.

Nec eſt quod quis hic ad Senatuſconſultum, cum Plancianum, tum alterum quod ſit tempore Divi Hadriani factum, provocet; iiſque ſublatam eſſe tantæ impietatis enormitatem opinetur. Non enim ita eſt: ac quantum ad prius Senatusconſultum, id eſt, Plancianum, attinet, ejus ſenſum Ulpianus *l.* 1. §. 1. *D. de agnoscendis & alendis liberis* exprimit ſequentibus verbis. *Permittit igitur mulieri, parentive, in cujus poteſtate eſt, vel ei, cui mandatum ab iis eſt, ſi putet prægnatem, denunciare intra dies triginta poſt divortium connumerandos ipſi marito, vel parenti, in cujus poteſtate eſt, aut domum denunciare, ſi nullius eorum copiam habeat.* Et §. 4. *Pœna mariti ea eſt, ut niſi aut cuſtodes præmiſerit, aut contra denunciaverit, non eſſe ex ſe prægnatem: cogatur maritus partum agnoſcere; & ſi non agnoverit, extra ordinem coercetur.* Atque hoc quoque Senatuſconſulto comprehenſum fuiſſe, apparet ex §. 12. *d. l.* 1. Significat autem Ulpianus, Planciano Senatuſconſulto contineri: ut facto divortio mulier, parensve in cujus poteſtate eſt, vel is cui mandatum ab iis eſt, ſi putet prægnantem, poſſit intra dies triginta denunciare ipſi marito, vel parenti in cujus poteſtate ſit, aut ad domum, ſi nullius eorum copiam habeat; & maritus, niſi cuſtodes præmiſerit, aut contra denunciarit, non eſſe ex ſe prægnantem, cogatur partum agnoſcere; &, ſi non agnoverit, extra ordinem coërceatur. Id vero non ſic accipiendum, quaſi maritus, qui neque cuſtodes præmiſerit, neque contra denuntiarit, non eſſe ex ſe prægnantem, poſtquam ei ab uxore denuntiatum eſt, ſe prægnantem ex eo eſſe, a Præfecto Urbi cujus tum in Urbe merum imperium erat *l.* 1. *pr.* & §. 4. *D. de officio Præfecti Urbi* corporaliter caſtigetur: (hoc enim nuſquam dicitur) ſed quaſi a Prætore qui imperium non merum, ſed mixtum, habebat, neque de criminalibus, ſed de civilibus, cauſis cognoſcebat *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *D. de ſuſpectis tutoribus*, civiliter coërceatur ejus remediis, hoc eſt, mulctæ dictione, & pignoris captione. id enim indicat cum Inſcriptio *d. l.* 1. *D. de agnoſcendis & alendis liberis*, quæ eſt ex Ulpiani *lib.* 34. *Ad Edictum*, tum ipſe in primis Ulpianus *l.* 1. §. 3. *D. de ventre inſpiciendo.* Atque hæc eſt pœna illa *denunciati*, cujus ſit mentio in *l.* 9. *C. de patria poteſtate:* ubi vulgo ſcribitur, *pœna denunciata*; ſed, quod jam obſervavit Doctiſſimus Interpres, Jacobus Cujacius *lib.* 19. *Obſerv. c.* 40. legendum *denunciati*, id eſt, viri admoniti, ſive cui denunciatio facta eſt: ut in *l.* 29. *D. de judiciis.* Hoc priore cavebatur Senatuſconſulto. Quid poſteriore? ait Ulpianus *l.* 3. §. 1. *D. de agnoſcendis & alendis liberis. Quia Plancianum Senatuſconſultum ad eos partus pertinet, qui poſt divortium eduntur, aliud Senatuſcenſultum temporibus D. Hadriani factum eſt, Ut etiam ſi conſtante matrimonio partus ſit editus, de agnoſcendo eo agatur.* Ulpianus vult, eo Senatuſconſulto cautum fuiſſe; ut, etiamſi conſtante matrimonio editus ſit partus, de eo agnoſcendo poſſit agi. Loquebantur igitur illa Senatuſconſulta de agnoſcendis a patre infantibus, qui ab eo, invita matre, aut conſtante, aut ſoluto, matrimonio, liberi eſſe negabantur. Sed (quod obſervat Ulpianus *l.* 1. §. 1. *D. de inſpiciendo ventre*, & confirmat Reſcripto Divorum Fratrum quod eſt in *pr. ejuſdem loci*) ea Senatuſconſulta locum non habuere, ſi mulier diſſimularet, ſe prægnatem vel negaret: addita ratione, quæ ratio eſt, quod partus antequam edatur, mulieris eſt, vel viſcerum. Et ideo, cum incidiſſet temporibus Divorum Fratrum, ut maritus quidem prægnatem mulierem diceret, uxor negaret,

Principes in neceſſaria cauſa ſubvenere *d. l.* 1. §. 1. dum Valerio Priſciano, Prætori Urbano, reſcripſerunt in hæc verba *d. l.* 1. *pr. Novam rem deſiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori quæ ab eo diverterat, & ſe non eſſe prægnatem profiteatur, cuſtodem apponat: & ideo nemo mirabitur, ſi nos quoque novum conſilium & remedium ſuggeramus. Igitur ſi perſtat in eadem poſtulatione, commodiſſimum eſt, eligi honeſtiſſimæ fœminæ domum, in quam Domitia veniat: & ibi tres obſtetrices, probatæ & artis & fidei, quæ a te aſſumptæ fuerint, eam inſpiciant: & ſi quidem vel omnes, vel duæ renunciaverint prægnatem videri, tunc perſuadendum mulieri erit, ut perinde cuſtodem admittat, atque ſi ipſa hoc deſideraſſet: quod ſi enixa non fuerit, ſciat maritus, ad invidiam exiſtimationemque ſuam pertinere; ut non immerito poſſit videri captaſſe hoc ad aliquam mulieris injuriam: ſi autem vel omnes, vel plures, non eſſe gravidam, renunciaverint, nulla cauſa cuſtodiendi erit.* Sed & hoc Reſcriptum, cum ad Prætorem Urbanum ſit, non aliam, quam Prætoriam, id eſt civilem, coërcitionem quæ mulctæ dictione & pignoris captione finitur, continet *d. l.* 1. §. 3. Ego nec illud omittendum cenſeo, quod, ſi inter parentes conveniret de abjiciendo exponendove partu, quia ſilebant Senatusconſulta, non videntur parentes ad eum tollendum alendumve ſuperioribus Senatuſconſultis jure cogi potuiſſe. Verum Edicto perpetuo quod factum eſt Hadriani juſſu, propoſita eſt præjudicialis actio de agnoſcendo partu: ut Juſtinianus refert §. 13. *Inſt. de actionibus.* Præterea conceſſum filio, ſed majori trimo, & adeo jam lacte depulſo, vel certe alii ejus nomine, ut intelligitur ex *l. 9. C. de patria poteſtate*, petere a Judice, id eſt, Conſulibus, (ſic enim *Judicem* interpretor in *l. 5. D. de agnoſcendis & alendis liberis*, quia deſumpta eſt ex Ulpiani *lib. 2. De officio Conſulis*) conceſſum, inquam, eſt filio, majori trimo, vel alii ejus nomine, a Judice, ſive a Conſulibus, petere, ut alimenta ei ex bonis patris decernantur *d. l. 5.* ac ſi pater eum alere detrectet, alimenta ei pro modo facultatum conſtituentur: & ſi ea non præſtet pater, pignoribus captis & diſtractis cogetur ſententiæ ſatisfacere *d. l.* §. 10. Atque ea remedia de quibus dixi, pleraque enumerant Impp. Diocletianus & Maximianus *l. 9. C. de patria poteſtate*; & ex his inferunt, nulli liberum eſſe, *negare filium.* Verba Imperatorum appoſui: ſunt autem hæc. *Nec filium negare cuiquam eſſe liberum, Senatuſconſulta de partu agnoſcendo, ac denunciati pœna,* (ſic enim legendum eſſe, modo monui) *item præjudicium Edicto perpetuo propoſitum, & remedium alimentorum majori trimo petenti, nomine ejus monſtratum, jure manifeſto declarant.*

CAPUT IV.

Ea, & ſimilia, remedia fuiſſe civilia; & ad vindicandum crimen minime pertinuiſſe. Ipſa, nec alia, ſub Paganis Imperatoribus viguiſſe. Expliciti præſertim Impp. Diocletianus & Maximianus l. 16. C. de nuptiis.

Sed qualiacumque ea fuerint judicia, non criminalia, ſed civilia, fuere. in quibus non id Veteribus negotium fuit; ut expoſito partu, vigor publicæ diſciplinæ vindicaretur; ſed ut privatæ partus utilitati neceſſitate educationis conſuleretur. Ita, ſi nihilominus videretur parenti exponere vel necare infantem ſanguinolentum; adhuc nulla apparet nova pœna qua tam notabilè ſeculi vitium emendaretur: ea quæ a Romulo & in Duodecim Tabulis olim fuerat conſtituta, per deſuetudinem obliterata.

Sed id, ut oſtendi *capite* 11, ſub Septimio Severo, teſtatur Tertullianus *lib. Ad nationes*, item *Apologetico adverſus gentes c.* IX. tum ante illum ſub Antonino Pio oſtendit Juſtinus Martyr, *Pro Chriſtianis apologia ſecunda ad Antoninum Pium, pag. 70. & 71. editionis Pariſienſis anni 1636. apud Morellum.* Nec minus Apulejus *lib.* x. *Metamorphoſ.* apud quem *Pater peregre proficiſcens, mandavit uxori ſuæ matri ejuſdem juvenis, quod enim ſarcina prægnationis oneratam eam relinquebat, ut ſi ſexus ſequioris edidiſſet fœtum, protinus quod editum eſſet, necaretur.* Rurſus Minucius Felix, *Octavio c.* XXX. *Vos enim video procreatos filios nunc feris & avibus exponere, nunc adſtrangulatos miſero mortis genere elidere.* Et mox *c.* XXXI. *Dum etiam domi natos alienæ miſericordiæ frequenter exponitis.* Forte longius excurro, demonſtraturus Veterum teſtimoniis, poſt Senatuſconſulta de quibus dixi, adhuc impunitam atque adeo licitam fuiſſe infantum & necem & expoſitionem. Addam tamen Scævolam *l. 29. D. de manumiſſis teſtamento.* verba Scævolæ, *Uxorem prægnantem repudiaverat, & aliam duxerat: prior enixa filium expoſuit: hic ſublatus ab alio educatus eſt, nomine patris vocitatus. uſque ad vitæ tempus patris, tam ab eo, quam a matre, an vivorum numero eſſet, ignorabatur: mortuo patre, teſtamentoque ejus, quo filius neque heres inſtitutus ſit, recitato, filius & a matre & ab avia paterna agnitus, hereditatem patris ab inteſtato, quaſi legitimus poſſidet.* Titius cum repudiaſſet uxorem prægnantem, mox aliam duxit. prior filium peperit, & editum expoſuit, ut videtur, odio mariti. is maritus moritur. mater agnoſcit filium quem expoſuit. etiam agnoſcit eum paterna avia. filius, quia patris teſtamento ne-

que

que inſtitutus reperitur, neque exheredatus, ei heres ſit ex lege ab inteſtato. Nulla criminis materni mentio, nulla accuſationis, nulla pœnæ. cur ita? nimirum, quia adhuc licita atque impunita parenti eo tempore erat expoſitio. Scævolæ jungam Imperatores, Diocletianum & Maximianum *l.* 16. *C. de Nuptiis:* qui, *Patrem*, inquiunt, *qui filiam expoſuit, hanc nunc adultam ſumptibus & labore* [*tuo*] *factam, matrimonio conjungi filio tuo deſiderantis, favere voto convenit: qui ſi renitatur, alimentorum ſolutioni* [*in hoc ſolummodo caſu*] *parere debet.* Pater filiam ſuam expoſuit. eam Rhodo quidam ad quem reſcriptum eſt, cum ſuſcepiſſet, ſuiſque ſumptibus, ac labore, ad ætatem adultam & nubilem eduxiſſet, filio ſuo uxorem deſtinat: ſed ejus voto intercedit alumnæ pater, ſuam agnoſcens filiam. An jure, quæritur? Reſcribunt Imperatores, Diocletianus & Maximianus, oportere quidem patrem, quum filiam ſuam agnoſcit, favere voto educatoris qui ab illo abjectam ſuis ſumptibus, ſuoque labore, ſervavit: ſed nolentem honeſtati cedere, quod humilitati paupertative educatoris, qui ſuo labore, ut videtur, vitam tolerabat, vel opes vel generis fortunam præferat, legibus non cogi: imo habere jus ſuam recipiendi filiam, modo ſi alimentorum ſolutioni pareat; (id eſt, ſi, quod Cujacius alibi obſervat *lib.* 25. *Obſerv. c.* 15. educatori alimenta reſtituat) atque ad eorum ſolutionem in hoc ſolummodo caſu, quo filiam repetit, educatori teneri. Quod ſi eſt; apparet, patrem qui filiam expoſuit & adultam repetit, reſtitutis educatori alimentis, adhuc facere rem unicuique jure publico licitam. Ac neſcio, an faciat huic definitioni ſequens Quintiliani locus qui eſt *lib.* 7. *Inſt. orat. c.* 1. *Quædam ſcholaſticis ponuntur ad conjungendam actæ rei ſeriem: ut*, Pater expoſitum qui agnoverit, ſolutis alimentis recipiat. Minus dicto audientem filium liceat abdicare *Qui expoſitum recepit, imperat ei nuptias locupletis propinqui: ille ducere vult filiam pauperis educatoris. Lex de expoſitis ad affectum pertinet, judicium pendet ex lege abdicationis.* Sic Quintilianus: quem eo lubentius appoſui; quia non me præterit, eſſe inſigni fama atque eruditione Juriſconſultos qui inducti auctoritate Jacobi Cujacii, *Paratitl. C. de infantibus expoſitis*, cenſeant, Impp. Diocletianum & Maximianum in *d. l.* 16 agere de patre, non qualicumque, ſed qui ſanguinolentam filiam egeſtate & fame compulſus, in publico expoſuerit; talemque a graviore pœna neceſſitate excuſari: ſed, ſi ea nulla expoſitioni cauſam præbuerit, contra dicendum eſſe. Fruſtra. eam enim interpretationem, ne quid dicam de ipſo Diocletiani & Maximiani Reſcripto in quo nihil tale quod illi volunt, clare refellit Quintilianus.

Caput V.

Etiam ſub Chriſtianis Imperatoribus, & nominatim ſub Conſtantino, fuiſſe licitam impunitamque infantum expoſitionem.

Sed non tantum ſub Paganis Imperatoribus perduravit hæc conſuetudo; ſi ſic appellanda eſt immanis impietas: ſed, quod magis mireris, etiam ſub Chriſtianis. ab his enim etſi aliquando, tamen non ſtatim, mutata eſt. Nempe quia, ut ille ait, *deſinit eſſe remedio locus, ubi quæ fuerant vitia, mores ſunt.* Utique ſub Conſtantino Julius Firmicus Maternus, *lib.* 7. *Matheſeos*, quod primum fecit caput, inſcripſit, *De expoſitorum vel non nutritorum genitura*; ſub eoque ait, quod, pro varietate thematis, nati ſtatim exponuntur a matribus, & expoſiti vel interibunt, vel ab aliis conjungentur, & in libertatem redditi, filiorum loco nutrientur; imo interdum a canibus laniabuntur; eſt etiam, ubi ii qui nati fuerint, aut in mari aut in fluvio projecti, ſtatim interibunt. Et Lactantius in *Divinis Inſtitutionibus* quas ad Conſtantinum ſcripſit, *lib.* 6. *c.* 20. rebus quæ apud homines pro licitis habentur, annumerat factum eorum qui recentes natos vel *oblidunt* vel *exponunt*. Viguit igitur is mos & peſſimus & infandus adhuc ſub Conſtantino; quamquam non ita, ut laudatus fuerit; tamen ut non fuerit lege prohibitus, aut punitus. id apparebit, adductis pleriſque legibus quæ Conſtantini ſunt hoc in argumento. Prima eſt *l.* 1. *Cod. Theod. de alimentis quæ inopes parentes de publico petere debent.* Verba hæc ſunt. *Æreis tabulis, vel ceruſſatis, aut linteis mappis, ſcripta per omnes civitates Italiæ proponatur lex, quæ parentum manus a parricidio arceat, votumque vertat in melius: officiumque tuum hæc cura perſtringat, ut ſi quis parens adferat ſubolem, quam pro paupertate educare non poſſit, nec in alimentis, nec in veſte impertiendo tardetur, cum educatio naſcentis infantiæ moras ferre non poſſit: ad quam rem & fiſcum noſtrum, & rem privatam, indiſcreta juſſimus præbere obſequia.* Quid hic Conſtantinus? Deteſtatur & expoſitionem & necem ſanguinolenti filii; & utramque *parricidium* vocat: (pariter, ut Athenagoras, *Legatione pro Chriſtianis, pag.* mihi 38. & Lactantius *lib.* 6. *Divin. Inſt. c.* 20.) neutram tamen punit Conſtantinus aut parricidii, aut qua alia, pœna; ne putes: tantum, ne pater filium elidat, exponatve, movente egeſtate, jubet, ei ex fiſco & alimenta, & veſtem, ſine mora præberi. Non igitur ſcelus tollit, ſed ſceleris cauſam; & ipſum, quamquam parricidium lege Pompeja non ſit, neque hæc

lege fiat parricidium, tamen genere quodam exaggerandi parricidum dicit. fere, quomodo Alexander Severus *l. 12. C. Quibus ex cauſis infamia irrogatur* crimen expilatæ hereditatis appellat *improbius furtum:* cum jure civili non ſit furtum, neque illo Alexandri Reſcripto furtum fiat: ut infra obſervo *capite VII.* Sed, quod dico, certum eſt: cogitantibus præſertim, patrem ne hoc quidem tempore ſolitum legibus pro parricida haberi; etſi occidiſſet filium, jam agnitum & ali cœptum. id enim factum demum eſt *l. unic. C. de his qui parentes vel liberos occiderunt:* hoc eſt, quadriennio poſt *d. l. 1.* ſcilicet anno 319; cum *d. l. 1.* ſit lata anno 315. quod diligentis obſervationis eſt.

Eamdem rationem idem tenuit Conſtantinus in *l. unic. Cod. Theod. de his qui ſanguinolentos emptos vel nutriendos acceperint*; nec in illa tantum, ſed etiam in *l. 2. C. de patribus qui filios ſuos diſtraxerunt.* De utraque monebo pauca, antequam ad rem veniam. Primum eſt, quod V. Cl. Jacobus Gothofredus ſuſpicatur, *d. l. 2.* eſſe a Triboniano deformatam ex *d. l. unica.* Temere. eſt quidem utraque Conſtantini lex; ſed duplex: altera ad Italos, altera ad Provinciales: altera communis comparatorum filiorum, ſervorumque, a ſanguine; altera propria venditorum filiorum ſanguinolentorum. ita ſit altera cum altera non per omnia conveniens: tamen cum ſint duæ ac diverſæ leges; non eſt cauſa, cur altera idcirco interpolata atque (ut Gothofredus ait) deformata a Triboniano eſſe videatur. Verba utriuſque legis, ſi quis noscere ea cupiat, ſubjeci. ſunt autem hæc ex *d. l. unica. Imp. Conſtantinus A. Italis ſuis. Secundum ſtatuta priorum Principum, ſi quis a ſanguine quoquo modo legitime comparaverit, vel nutriendum putaverit, obtinendi ejus ſervitii habeat poteſtatem: ita ut ſi quis poſt ſeriem annorum ad libertatem eum repetat, vel ſervum defendat, ejuſdem modi alium præſtet, aut pretium quod poteſt valere, exolvat: qui enim pretium competens inſtrumento confecto dederit, ita debet firmiter poſſidere, ut & diſtrahendi pro ſuo debito cauſam liberam habeat: pœna ſubjiciendis iis qui contra hanc legem venire tentaverint.* Huc uſque *d. l. unica.* At *d. l. 2.* ſic ſe habet. *Imp. Conſtantinus A. Provincialibus ſalutem. Si quis propter nimiam paupertatem egeſtatemque victus cauſa filium filiamve ſanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo caſu valente, emptor obtinendi ejus ſervitii habeat facultatem: liceat autem ipſi qui vendidit, vel qui alienatus eſt, aut cuilibet alii ad ingenuitatem eum propriam repetere: modo ſi aut pretium offerat, quod poteſt valere, aut mancipium pro ejuſmodi præſtet.* Hæc verba *d. l. 2.* atque ipſa ex *d. l. unica* a Triboniano, quantum liquet, minime interpolata. Hoc primum monſtrandum fuit. Alterum eſt, quid in *d. l. unica* ſit, *a ſanguine.* id vero expediet locus pulcher ex Paſſione SS. Perpetuæ & Felicitatis: cujus verba appoſui. *Item Felicitas ſalvam ſe peperiſſe gaudens, ut ad beſtias pugnaret*, a ſanguine atque ab obſtetrice, *ad retiarium lotura poſt partum baptiſmo ſecundo.* Plura non addo ad *d. l. unicam:* cum præſertim ejus conſilium ultro ſit appariturum ex intellectu *d. l. 2.* Ad hanc monendum, quod Accurſius ait, in ea pro *ſanguinolentos* alias legi *ſanguinolentus:* atque ipſe ſic mavult, ſed quod jam dudum ab aliis eſt animadverſum, legendum *ſanguinolentos:* quomodo habere plures ac meliores libros manuſcriptos, teſtis eſt Ruſſardus. commode quoque obſervavit Gothofredus, id convenire Titulo Codicis Theodoſiani, qui eſt *De his qui* ſanguinolentos *emptos vel nutriendos acceperint?* Eſt porro ſanguinolentus utroque in loco, recens natus; ſive, ut eſt in *d. l. unica*, a ſanguine. Juvenals *ſat. 7. verſ.* 169. ait, talem

— — — Primos incipientem
Edere vagitus & adhuc a matre rubentem.

Sed a verbis ad rem. Quid in *d. l. 2.* Conſtantinus? permittit filii filiæve ſanguinolenti, id eſt, ut dixi, recens nati, venditionem: nec tamen ſemper; ſed tantum ob nimiam paupertatem egeſtatemque victus cauſa. ad quid? ne alioquin pater cogatur cedere neceſſitati, & vel invitus occidere, abjicere, aut exponere, filium filiamve ſanguinolentum quem non poteſt alere. Igitur neque hic Conſtantinus directo vetat expoſitionem aut cædem ſanguinolenti filii filiæve, propoſita pœna: ſed, ut dixi, ejus cauſam atque occaſionem tollit. Paulo aliter quam lege Thebana factum. Nam ea utrique occurſum fuiſſe, Ælianus refert *lib. 2. Var. hiſt. c. 7.* his verbis, *Lex hæc Thebanorum rectiſſime & humaniſſime poſita eſt, Ne cui Thebano liceat infantem exponere, capitis ſupplicio conſtituto. Verum ſi extrema paupertate pater laboret, ſive mas ſit, ſive fœmina infans; jubet lex, eum ſtatim a materno partu ad magiſtratum cum ipſis faſciis deferre: qui acceptum alicui tradat leviſſimo pretio, cum quo pacta & conditiones intercedunt, bona fide infantem alat, adultumque ſervi vel ancillæ loco habeat, ſic ut pro educationis mercede operas ejus percipiat.* Sic Ælianus: ex quo apparet, legem Thebanam in hoc convenire legi Conſtantini: quod utraque patri in ſumma egeſtate permittit venditionem ſanguinolenti filii: nempe, ne ei ſit cauſa expoſitionis: ſed differre in eo, quod altera expoſitionem palam prohibet ſub capitali pœna, altera neque prohibet eam, neque punit.

Cæterum poſtquam Conſtantinus & alimenta de quibus dixi, parentibus concedi juſſit, & ſanguinolentorum liberorum venditionem, ob nimiam paupertatem egeſtatemque, victus cauſa indulſit; etſi nondum anderet, eorum expoſitionem aut necem prohibere; tamen ut alios ad expoſitorum ſuſceptionem invitaret, ſimul parentes ab ea abſterreret; deinde cavit in *l. 1. Cod. Theod. de expoſitis*, quæ

quæ lata eſt anno 331 poſt natum Chriſtum, ne jus eſſet patri filium quem expoſuit, repetendi ab eo qui eum collegerit, ac ſuis alimentis ad robur perduxerit. Verba hæc ſunt. *Quicunque puerum vel puellam, projectam de domo, patris vel domini voluntate ſcientiaque, collegerit, ac ſuis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat ſub eodem ſtatu quem apud ſe collectum voluerit agitare, hoc eſt, ſive filium, ſive ſervum eum eſſe maluerit; omni repetitionis inquietudine penitus ſubmovenda eorum qui ſervos ac liberos ſcientes propria voluntate domo recens natos abjecerint.* Expoſui pleraſque leges quas hoc in themate tulit Conſtantinus; etiam oſtendi, his neque vetitam, neque punitam, & ideo licitam, fuiſſe infantum recens natorum & expoſitionem & necem; eamque fuiſſe cauſam, cur in hanc parentum crudelitatem atque impietatem adhuc tantopere inveherentur Chriſtiani Scriptores.

CAPUT VI.

Primos infantum expoſitionem prohibuiſſe Imperatores, Valentinianum, Valentem, & Gratianum l. 2. C. de infantibus expoſitis. Quæ ſit ea in lege conſtituta animadverſio, *ab Accurſio, aliiſque doctis viris, fruſtra peti ex l. 1. §. 4. D. de agnoſcendis & alendis liberis, item l. 9. C. de patria poteſtate, & l. 4. D. de agnoſcendis & alendis liberis.*

At quod auſus non fuit Conſtantinus, ut videtur, vetuſto jam & ideo prævalido malo, primi palam prohibuerunt Imppp. Valentinianus, Valens, & Gratianus *l. 2. C. de infantibus expoſitis*: quæ ſic ſcripta ad Probum P.P. *Unuſquiſque ſobolem ſuam nutriat: quod ſi exponendam putaverit, animadverſioni, quæ conſtituta eſt, ſubjacebit. Sed nec dominis, vel patronis repetendi aditum relinquimus, ſi ab ipſis expoſitos quodammodo ad mortem, voluntas miſericordiæ amica collegerit: nec enim ſuum quis dicere poterit, quem pereuntem contempſit.* Sic quidem in Codice Juſtinianeo lex editur; ſed conflata eſt ex duabus, & his diverſorum Imperatorum, Conſtitutionibus: ex quibus prior pars eſt Valentiniani, Valentis, & Gratiani; poſterior Honorii & Theodoſii. Verum hoc mitto, quia a Ruſſardo, *Marginalibus notis*, & aliis, jam obſervatum ex collatione *l. 2. Cod. Theod. de expoſitis*: in qua tota ea pars illis clare adſcribitur. Illud magis quæri dignum; quæ ſit illa *animadverſio conſtituta* quam infantum expoſitoribus minantur Valentinianus, Valens, & Gratianus. In primis, quia Vir Eximius, Hubertus Giſanius, ad *l. 1. C. de infantibus expoſitis, pag.* 480. *Col.* 2, videtur ingenue fateri, ſe id ignorare. ait certe, parentes non impune liberos ſuos exponere: quippe in *d. l. 2. C. eod. tit.* fieri mentionem animadverſionis adverſus liberorum expoſitionem conſtitutæ: ſed quæ ea pœna ſit, non exprimi. Accurſius autem animadverſionem eam extraordinariam eſſe ſuſpicatur *Gloſſ. ad d. l. 2. lit. F.* additque, etiam teneri patrem, quaſi occiderit filium. pro firmanda autem ea ſententia adducit *l. 1. §. 4. D. de agnoſcendis & alendis liberis, l. 9. C. de patria poteſtate, & l. 4. D. de agnoſcendis & alendis liberis.* Inde huc fere deveniri video: ut, quiſquis infantem non occidendi animo, ſed quo evitet alimentorum onus, aut quam infamiam, aut quid ſimile, alienæ miſericordiæ aliquo celebri in loco expoſuerit, tantum extra ordinem puniatur, per *l. 2. C. de infantibus expoſitis, l. 9. C. de patria poteſtate, l. 1. §. 4. D. de agnoſcendis & alendis liberis*: ſin eum in flumen, in ſilvam, inve quam aliam ſolitudinem, abjecerit, aquis, fame, frigore, aut ferarum laniatu, conſumendum, quia necis conſilium habuit, lege Cornelia de ſicariis, aut Pompeja de parricidiis, coërceatur, per *d. l. 4. D. eod. tit. & l. 15. D. Ad legem Corneliam de ſicariis.*

Sed fuerit pretium operæ, ipſa hæc capita quorum auctoritate viſum pleriſque, in eam ſententiam decurrere, paulo curioſius examinaſſe. plane enim mihi perſuadeo, in his nihil minus reperiri, quam quod illi, quamquam magno numero, præ ſe ferunt. Sed primas dabo Ulpiano *d. l. 1. §. 4* cujus appoſui verba: ea verba ſunt, *Pœna autem mariti ea eſt, ut, niſi aut cuſtodes præmiſerit, aut contra denunciaverit, non eſſe ex ſe prægnatem, cogatur maritus partum agnoſcere: & ſi non agnoverit, extra ordinem coërcetur.* Sed fruſtra ea adferuntur verba: quia *extraordinaria coërcitio*, cujus meminit Ulpianus *d. l. 1. §. 4* fit ex Senatuſconſulto Planciano, & fere poſt denunciationes de quibus ſupra dixi, quarum neque vola, neque veſtigium, in *d. l. 2. C. de infantibus expoſitis*. Sed neque ea coërcitio a Præfecto Urbis cujus in Urbe merum imperium fuit, fit in corpus patris, non agnoſcentis filium: ſed a Prætore cujus non de criminibus, ſed de civilibus cauſis, juriſdictio erat, fit ejus remediis, id eſt, mulctæ dictione, & pignoris captione: ut ex Inſcriptione loci, & *l. 1. §. 3. D. de ventre inſpiciendo*, in anteceſſum demonſtratum eſt. Satis de *d. l. 1. §. 4*

Venio ad *d. l. 9. C. de patria poteſtate* quam ſecundo loco pro ſua ſententia adfert Accurſius. Ejus verba ſunt, *Nec filium negare cuiquam eſſe liberum, Senatuſconſulta de partu agnoſcendo, ac denunciata pœna, item præjudicium Edicto perpetuo propoſitum, & remedium alimen-*

limentorum apud Præſidem majori trimo petenti, nomine ejus monſtratum, jure manifeſto declarant. Sed neque ea in lege Accurſio favit fortuna Juriſprudentiæ. Nam etſi ea lex ait, non eſſe cuiquam liberum, negare filium; non probat tamen quod Accurſius indigitat: quia in *d. l.* 2. non hæc quæſtio eſt, an pater ad agnoſcendum alendumque filium civiliter cogi poſſit vel denunciati pœna ex Senatuſconſulto Planciano, & altero quod fuit tempore Divi Hadriani factum, vel præjudicio, ſeu præjudiciali actione, vel remedio quod datur majori trimo, de quibus agit *d. l.* 9. Minime. quæ in *d. l.* 2. movetur quæſtio, hæc eſt, an pater ideo quod filium ſanguinolentum & nondum agnitum expoſuit, abjecitve, apud Præfectum Urbis, Præſidemve Provinciæ, criminaliter accuſari punirique poſſit. id vero in *d. l.* 9. a Diocletiano & Maximiano non dicitur; neque illis Principibus jus fuit: ut ſupra oſtendi. Ut enim poſſet civiliter cogi pater, filium & agnoſcere & alere; tamen ſi eum ſtatim a partu exponeret, nulla poſita fuit arbitraria pœna qua ob id coërceretur: qui aliis exemplo eſſet ad deterrendum maleficium. Non igitur debuit Accurſius ad interpretationem *d. l.* 2. uti auctoritate *d. l.* 1. §. 4. *&* *d. l.* 9.

Sed neque Pauli *d. l.* 4. *D. de agnoſcendis & alendis liberis*; etſi ſic ſcribat, *Necare videtur non tantum is qui partum perfocat: ſed & is qui abjicit*; *& qui alimonia denegat*; *&* [*is*] *qui publicis locis miſericordiæ cauſa exponit, quam ipſe non habet.* Non enim agnoſcit Paulus illam ordinariæ & extraordinariæ pœnæ differentiam, quam circa infantis expoſitionem faciunt Doctiſſimi Viri. Quin indiſtincte ait, partum necare qui perſocat, qui abjicit, qui alimonia denegat, denique qui publicis locis miſericordiæ cauſa exponit quam ipſe non habet. Qui igitur poſſunt eorum aliqui lege Cornelia, aut Pompeja, aliqui extra ordinem, teneri, utique ex Pauli ſententia? ſi enim putat, eos qui partum necant, Cornelia, aut Pompeja, lege puniri: æque putat, illum qui partum publico loco alienæ miſericordiæ exponit, eis legibus coërceri, atque hunc qui partum perfocat; aut eum abjicit, aut ei alimonia denegat: quia ait, omnes partum peræque necare. atque hoc voluit Gloſſa ad *d. l.* 4. Quamquam nec ſic ad verum acceditur: quia Paulus nullos ex his de quibus dixi, ulli adſtringit pœnæ, ne legis quidem Pompejæ, aut Corneliæ. Quid, ſi nec potuit adſtringere? quippe, cum ejus ætate, id eſt, ſub Septimio Severo, Caracalla, & Alexandro Severo, plane impunitam licitamque fuiſſe ſanguinolentorum liberorum & expoſitionem, & abjectionem, & necem, ſupra oſtenſum ſit. Quod ſi eſt; apparet, *conſtitutam* illam *animadverſionem* quam adverſus infantum expoſitionem decernunt Valentinianus, Valens, & Gratianus, in *d. l.* 2. temere peti a Paulo: qui de ea numquam, ne per ſomnium quidem, cogitavit: quia nulla erat ejus ætate; & deinde poſt tantum temporis intervallum demum recepta eſt? Ait tamen Paulus, *Necare videtur non tantum is qui partum perfocat*, *ſed & is qui abjicit*, *& qui alimonia denegat*, *& is qui publicis locis miſericordiæ cauſa exponit quam ipſe non habet.* Optime. atque ita cenſebant plerique boni ac juſti viri: ut toto hoc Opere intelligitur. quin Conſtantinus, & Athenagoras, ut jam *capite V.* oſtendi, ea in ſpecie etiam *parricidium* dicebant. Sed licet ſic optime diſputet Paulus, tamen male illi qui hinc collegerint; Si necare Paulo videtur non tantum is qui partum perfocat, ſed & is qui abjicit, & qui alimonia denegat, & is qui publicis locis miſericordiæ cauſa exponit quam ipſe non habet: fuit igitur infantis & cædes, & abjectio, & expoſitio, Pauli tempore punita aut homicidii, aut parricidii, pœna. Nihil enim ineptius, nihil magis a vero abhorret: etſi non inficier, tale argumentum quod ex Pauli verbis hic videatur aliqualis ducere conſequentia, hactenus qualem qualem veri ſpeciem induere.

CAPUT VII.

In exponendis Veterum monumentis frequentiſſima Viris, etiam Eruditiſſimis, eſſe argumenta a conſequentia: ſed fallaciſſima eſſe, & evitanda his qui ad laudem veræ eruditionis adſpirant, exemplis pulcherrimis demonſtratum: ſimul expedita quædam, atque eadem intricata, Juris Civilis capita.

Sed neſcio, an quod frequentius Interpretibus, non modo de plebe, ſed etiam majorum gentium, ſit argumentum, quam quod deſumitur a conſequentia rationis aut dicti quo uſus ſit quis Vetus Auctor: atque interim nullum eſt quod imprudentes æque fallat; &, cum ex vero ac probabili colorem ferat, magis præter Auctoris mentem ducatur. Id, niſi grave cuiquam ſit, paucis, ſed pulchris, exemplis demonſtrare conſtitui: ut aliquanto certior fiat Pauli ſententia: ſimul appareat, eis qui ad eruditionem, illam juſtam ac maſculam, bona enituntur fide, in exponendis Veterum Auctorum ſcriptis deinceps parcendum eſſe argumentis tam levibus & fallacibus.

Primum ſumam ex Virgilio: apud quem Juno Juturnam ſic alloquitur *lib. XII. Æneid. verſ.* 142.

Nympha decus fluviorum animo gratiſſima noſtro,
Scis, ut te cunctis unam, quæcunque Latinæ
Magnanimi Jovis ingratum adſcendere cubile,
Prætulerim.

Ait Juno, ſe Nymphis cunctis quas amaverit Jupiter, Juturnam prætuliſſe: perinde quaſi omnes in honore habuerit amores Jovis. id vero non ita eſſe conſtat, & in Notis obſervat Servius: cujus adſcripſi verba; atque eo lubentius, quia præterea attulit locum ex Salluſtio æque pulchrum, & ad rem accommodatum. Verba Servii. *Liptotes figura per contrarium. plus enim dicit & minus ſignificat. namque alias omnes eſt perſecuta: huic vero libenter indulſit. Et dicit ſe hanc omnibus prætuliſſe: quaſi etiam alias in honore habuerit. ergo ideo hoc dicit, ut tollat cauſam quam potuit Juturna habere ſuſpectam. Sane hæc figura eſt, ut illud Salluſtianum,* Mare Ponticum dulcius, quam cætera: *cum nullum dulce ſit.*

Alterum exemplum atque idem ſuperiori, habet Ulpianus *l. 4. D. de curatoribus furioſo & aliis extra ordinem dandis:* cum ſic inſit, *Furioſæ matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etſi inæqualis eſt eorum poteſtas, æqua debetur.* Primo adſpectu videtur velle, quod Civili Jure aliqua matris eſt in liberos poteſtas, quamquam non tanta, quanta eſt patris: quia inæqualis eorum poteſtas eſt. At hoc nemo Veterum dixit: ne Ulpianus quidem. quin is *l. 4. D. de his qui ſui vel alieni juris ſunt* ſic ſcribit, *Qui ex me & uxore mea naſcitur in mea poteſtate eſt.* Et Juſtinianus §. 10. *Inſt. de adoptionibus* negat, fœminas adoptare poſſe: & addit rationem; ea ratio eſt, *quia nec naturales liberos in ſua poteſtate habent.*

Tertium exemplum apponam ex *l. 12. C. Ex quibus cauſis infamia irrogatur.* Verba hæc ſunt. *Si te expilaſſe hereditatem ſententia Præſidis conſtiterit, non ex eo quod non & alia pœna tibi irrogata eſt, furti improbioris infamiam evitaſti.* Alexander expilatæ hereditatis crimen vocat *furtum,* & *improbius.* Ineptus tamen fuerit qui hinc colligat, ergo id crimen eſſe furtum Jure Civili; ex eoque furti agi. hoc enim procul vero eſſe, liquet ex Ulpiano *l. 2. D. Expilatæ hereditatis.* Verba Ulpiani, *Si expilatæ hereditatis crimen intendatur, Præſes provinciæ cognitionem ſuam accommodare debet: cum enim furti agi non poteſt, ſolum ſupereſt auxilium Præſidis.* Sed & Paulus *l. ult. D. eod. tit.* ſic ſcribit, *Rei hereditariæ furtum non fit, ſicut nec ejus quæ ſine domina eſt.*

Quartum exemplum eſt in *l. 2. C. Rerum amotarum:* in qua ita reſcribunt Diocletianus & Maximianus. *Divortii cauſa rebus uxoris a marito amotis, vel ab uxore mariti, rerum amotarum Edicto perpetuo permittitur actio.* Et cauſantur, *Conſtante etenim matrimonio neutri eorum neque pœnalis, neque famoſa, actio competit, ſed de damno in factum datur actio.* An igitur actio rerum amotarum & pœnalis & famoſa eſt Civili Jure? cave, putes. non enim pœnalis eſt, quia licet ex delicto naſcatur; tamen rei perſecutionem continere, Paulus docet *l. 21. §. 5. D. eod. tit.* ſed nec famoſa eſt: quia, ut Gajus ait, rerum amotarum actio condictio eſt *l. 26. D. eod. tit.* ceſſat autem ignominia in condictionibus, quamvis ex famoſis cauſis pendeant *l. 36. D. de obligationibus & actionibus.* Quid ergo volunt Diocletianus & Maximianus *d. l. 2. C. rerum amotarum?* quod marito rebus amotis re vera furtum fit ab uxore *l. 21. §. ult. l. 29. D. eod. tit.* etſi in honorem matrimonii leniore utamur vocabulo: cum autem pœnalis & famoſa furti actio marito adverſus uxorem, conſtante matrimonio, negetur *l. 1. & 2. D. eod. tit. l. 52. §. 1. & 2. D. de furtis;* idcirco ei ne rerum quidem amotarum actio adverſus uxorem, conſtante matrimonio, datur: quia ea actio, etſi famoſa non ſit Civili Jure; tamen re ipſa & opinione gravium virorum pro famoſa habetur. in quem autem famoſa actio non permittitur, in eum nec illa competit quæ re ipſa & exiſtimatione hominum bonorum & gravium non evitat infamiæ notam: etſi Civili Jure non habeatur famoſa: ut apparet ex *l. 2. l. 5. l. 7. pr. §. 1. & ſeqq. D. de obſequiis parentum.*

Quintum exemplum, atque ipſum inſigne, eſt in *l. 7. C. Ut in poſſeſſionem legatorum:* in qua ſic inſit Alexander. *Scire debetis, fideicommiſſi [quidem] & legati ſatiſdationem remitti, Divum Marcum, & Divum Commodum conſtituiſſe. Ut autem boni viri arbitratu is, cui uſusfructus relictus eſt, utatur fruatur: minime ſatiſdationem remitti teſtamento poſſe.* Quia negat Alexander, priorem fructuariæ ſatiſdationis clauſulam, quæ eſt, *Fructuarium uſurum fruiturum arbitratu boni viri,* teſtamento remitti poſſe; nec verbum addit de poſteriore clauſula quæ eſt, *Reſtituturum ſe, finito uſufructu, id quod ex re fructuaria extabit:* idcirco viſum fuit eruditis hominibus, ſic eum accipere; quaſi nolit, priorem ejus cautionis clauſulam a teſtatore remitti; ſed poſteriorem remitti, non prohibeat. At hanc collectionem perperam fieri exiſtimo: quia neque ratio juris eam fert, neque Alexandri ſententia. Fuerit tanti, utramque vidiſſe. Quod ad jus attinet: certa res eſt. nam Prætor, ſi cujus rei uſusfructus legatus ſit, voluit, legatarium de utroque cavere; & uſurum fruiturum ſe boni viri arbitratu; &, cum uſusfructus ad eum pertinere deſinet, reſtituturum quod inde extabit *l. 1. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.* quod ſi non ſatiſdet fructuarius; præterea promiſit Prætor, actionem ei non dare *l. 13. D. de uſufructu.* nec refert, utrum fructuario remiſſa teſtamento

cautio ſit, ſive tota, ſive ex parte, eaque priore, aut poſteriore; an non ſit. non enim diſtinguit Prætor: & quamquam pro lege ſervetur teſtatoris voluntas *l.* 120. *D. de verborum ſignificatione*, quando a legibus non abhorret; tamen quoties illis adverſatur, pro lege non habetur *l.* 55. *l.* 112. §. *pen. D. de legatis lib.* 1. Quod ſi eſt, efficitur: ut, ſi teſtamento fiat remiſſio fructuariæ cautionis, ſive totius, ſive pro parte, priore, vel poſteriore, ea quia Edicto repugnat, ratione juris improbetur. At necdum ſecuræ ab Alexandro res ſunt. Toto erras cœlo: is Imperator reſcribit veteri convenienter juri. Ain' tu? In rem præſentem veni: ſenties. Conſulebat Alexandrum Proculianus, (ad hunc enim reſcriptum eſt) an teſtamento remitti poſſet ſatiſdatio fructuaria, quam Alexander (ut mox oſtendam) vocat ſatiſdationem, *Ut boni viri arbitratu is cui uſusfructus relictus eſt, utatur fruatur.* Quæſtionis cauſa erat, quod D. Marcus & D. Commodus, ſatiſdationem quam Prætor legati aut fideicommiſſi ſervandi cauſa ab herede præſtari jubet *l.* 1. *D. Ut legatorum ſeu fideicommiſſorum ſervandorum cauſa caveatur*, ei a teſtatore remitti paſſi ſunt *l.* 2. *Cod. eod. tit.* Hæc quæſtio. ad eam reſcripſit Alexander, Proculianum ſcire oportere, quod a remiſſione cautionis quæ legati vel fideicommiſſi ſervandi cauſa ab herede præſtanda eſt, non valet argumentum ad remiſſionem cautionis, *Ut boni viri arbitratu is cui uſusfructus relictus eſt, utatur fruatur.* Quam ob rem? quia de remiſſione cautionis fideicommiſſi vel legati ſervandi cauſa D. Marcus & D. Commodus nominatim conſtituerunt: de remiſſione autem cautionis, *Ut boni viri arbitratu is cui uſusfructus relictus eſt, utatur fruatur*, neque illi reſcripſerunt, neque alii. manet igitur ea cautio ſub Edicti regulis a quibus excepta non eſt: ac, quamquam ex Marci & Commodi Conſtitutionibus remitti poſſit ſatiſdatio legati aut fideicommiſſi ſervandi cauſa; tamen ſatiſdatio, *Ut boni viri arbitratu is cui uſusfructus relictus eſt, utatur fruatur*, minime poteſt remitti. Sic Alexandrum interpretor; atque eum integram fructuariæ cautionis formulam primis ejus verbis deſignare: uſitata Veteribus ratione; ſed, quia ab Interpretibus parum obſervata, pauca apponam exempla. Primum dabit Ulpianus: apud quem in *l. ult. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat* ſic legimus, *Si vaſorum* [*ipſorum*] *uſusfructus relictus ſit, non erit cautio Senatusconſulti neceſſaria; ſed illa ſola, Boni viri arbitratu uſurum fruiturum.* Significatur autem, vaſorum relicto uſufructu, non cautionem quaſi uſusfructus deſiderari: ſed illam quæ eſt veri, cujus initium eſt, *Boni viri arbitratu uſurum fruiturum.* Similiter in *l.* 13. *D. de uſufructu* extat, *Si uſusfructus legatus ſit, non prius dandam actionem uſufructuario, quam ſatisderit, ſe boni viri arbitratu uſurum fruiturum.* pro, non prius, quam fructuariam cautionem præſtiterit. Nec tantum Ulpianus, ſed & Imperator Alexander, is cujus ſententiam quærimus, eam formulam a priore ejus parte appellat *l.* 4. *C. eod. tit.* cum ſic reſcribit, *Uſufructu conſtituto, conſequens eſt, ut ſatisdatio boni viri arbitratu præbeatur ab eo ad quem id commodum pervenit, quod nullam læſionem ex uſu proprietati adferat.* Evenit & alibi, ut a primis Edicti verbis quo interdictum aut actio proponitur, actio aut interdictum appelletur: & exemplum in *l.* 1. *D. Quod legatorum:* in qua Ulpianus, *Hoc*, inquit, *interdictum vulgo* Quod legatorum *appellatur.* Unde, niſi a primis Edicti verbis quæ ſunt in §. 2. *ejuſdem loci?* Et in *l.* 1. §. 1. *D. Quorum bonorum* infit, *Hoc interdictum* Quorum bonorum *appellatur.* nempe a primis Edicti verbis quæ ſunt in principio ejuſdem capitis. Sed & certi condictio vocatur, actio *Si certum petetur l.* 1. *D. de condictione triticiaria.* Unde, niſi a primis Edicti verbis quo promiſſa a Prætore hæc actio fuit?

Addamne & ſextum exemplum ex Gajo *l.* 6. *D. de tranſactionibus?* addam; maxime, quia in ſuperioribus res tantum cum Interpretibus fuit; in hoc vero etiam cum Juris Architectis erit. Verba Gaji, *De his controverſiis quæ ex teſtamento proficiſcuntur, neque tranſigi, neque exquiri veritas aliter poteſt, quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti.* Ex his verbis colligunt Interpretes, paucis exceptis, plerique omnes, Jure Civili non poſſe tranſigi de controverſiis ex teſtamento proficiſcentibus, ante non inſpectis ejus verbis: ac, ſi facta ſit tranſactio, non valere. Sed aſſentior Jacobo Labitto, *Primo Indicis ſui uſu, n.* 23. *pag.* 297. *& ſeqq.* exiſtimanti, poſt Cujacium *lib.* 3. *Obſervat. c.* 37. numquam eam Gajo mentem fuiſſe, quamquam fuiſſe etiam Juris Architecti velint. Nihil enim verius eſt, quam eam tranſactionem tempore Gaji valuiſſe. Et ſane, ſi ad æquitatem reſpiciamus, quid æquius eſt, quam lites partium conſenſu bona fide ſopitas, altera invita, non reſuſcitari, ne ob cauſam quidem non inſpecti ante teſtamenti? quæ enim neceſſitas legatario, verbi gratia, fuit, tranſigere de teſtamento, eo non inſpecto? plane nulla. ante enim, quam tranſegit, potuit ab herede, ut ſibi fierit ejus inſpiciendi deſcribendique copia, petere vel per interdictum De tabulis exhibendis, vel ex Edicto Quemadmodum teſtamenta aperiantur. Id ſi neglexerit facere, cum poſſet, læſuſque tranſactione ſit: habet quod ſibi, non quod adverſario, imputet; & ideo, ſi damnum paſſus eſt, quia culpa ſua paſſus eſt, non intelligitur paſſus eſſe *l.* 203. *D. de regulis juris*; denique, non habet cauſam, cur velit, reſcindi tranſactionem quam volens fecit, etſi eventu læſus ſit: modo nil dolo malo factum ſit *l.* 7. §. 10. *D. de pactis.* Atque ad hanc naturalem æquitatem accedit auctoritas

Præ-

Prætoris: qui generaliter promiſit, ſervare pacta quæ neque dolo malo, neque adverſus leges, neque in fraudem legum facta erunt *l.* 7. §. 7. *D. de pactis.* Nulla autem lex, aut conſtitutio, aut etiam Juris regula, extat in tota antiquitate, qua tranſactio de controverſiis ex teſtamento proficiſcentibus, utique bona fide, facta improbetur ideo, quod facta ſit non inſpectis teſtamenti tabulis. Quin contra reſcripſerunt Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 19. *Cod. de tranſactionibus*, *Sub prætextu inſtrumenti poſt reperti, tranſactionem bona fide finitam, reſcindi jura non pati.* Id vero ſi placet in inſtrumento, & ante non cognito, & poſt demum reperto: quanto verius fuerit in teſtamento, etſi ante non inſpecto, tamen ante cognito? At Gajus obſtat *d. l.* 6. *D. de tranſactionibus.* Fateor: ſed vitio Triboniani: qui hoc caput, (quod præclare animadvertere Cujacius, & Labittus) a ſuo avulſum titulo, in locum plane alienum imperite tranſmiſit. utique ſi ejus Inſcriptio capitis expendatur, quæ Inſcriptio habet *Gajus lib. XVII. Ad Edictum Provinciale:* apparet, id pertinere non ad Edictum de pactis ac tranſactionibus: ſed ad Edictum de tabulis aperiendis. Nec verbis opus: arguit hoc *l.* 1. *in pr.* & §. 1. *D. Teſtamenta quemadmodum aperiantur:* quæ eſt ex eodem Gaji libro XVII. Ad Edictum Provinciale. præterea adfert ibi Gajus illud Edictum, & commendat ipſis *d. l.* 6. verbis. Intererit, utrumque demonſtraſſe. Senſus Edicti talis eſt. *Omnibus quicunque deſiderant tabulas teſtamenti inſpicere, vel etiam deſcribere, deſpiciendi, deſcribendique poteſtatem facturum ſe Prætor pollicetur.* Hic Edicti ſenſus: commendatio autem quæ non Prætoris eſt, ſed Gaji, talis eſt. *Ratio autem hujus Edicti manifeſta eſt. neque enim ſine judice tranſigi, neque apud judicem exquiri veritas de his controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcerentur, aliter poteſt, quam inſpectis cognitisve verbis teſtamenti.* Sic Gajus: & veriſſime. Non enim quærit, an de teſtamenti tabulis, non inſpectis cognitiſve ejus verbis, Jure Civili tranſigi poſſit; &, ſi facta ſit tranſactio, an infirmetur Civili Jure. Minime. de eo enim nil edixit Prætor. Quid ergo? tantum oſtendit Gajus, id Edictum a Prætore ſumma ratione proponi: quippe eo ſpectare, ut omnibus quicumque deſiderant, teſtamenti tabulas inſpicere, vel deſcribere, fiat inſpiciendi, deſcribendive, copia. Ad quid? ut, ſi de teſtamento velint litigare apud Judicem, veritas facilius exquiri poſſit: ſin malint tranſigere ſine Judice, quam litigare, etiam controverſia ſine Judice componi aliquanto commodius poſſit. Igitur voluit quidem Prætor, auctore Gajo, cos qui hoc agunt, ut litem de teſtamento ortam, quacumque ratione dirimant, proditis teſtamenti tabulis juvare, ne lædantur: ſed non voluit, tranſactionem, ſi nihilominus ſit bona fide facta, non inſpectis teſtamenti verbis, reſcindere ob cauſam non inſpecti ante teſtamenti. id enim non cogitavit Prætor; utique de eo verbum non addidit; neque adeo potuit Gajus, ejus Interpres, niſi deſiperet, dicere: ac proinde ſi ex Gaji mente, ut debet, cum verum quæritur, explicanda ſit ſive *d. l.* 1. §. 1. ſive *d. l.* 6. quæ ex illa deſcripta eſt; apparet, neutram reſiſtere, quo minus valeat tranſactio de teſtamento, etiam non inſpectis ejus tabulis: quia Gajus, cum ait, *Neque enim ſine judice tranſigi, neque apud judicem exquiri veritas de his controverſiis quæ ex teſtamento proficiſcerentur, aliter poteſt: quam inſpectis cognitiſve verbis teſtamenti*, tantum de facto loquutus eſt, de jure loquutus non eſt. Sed hoc cum minus vidiſſet Jacobus Cujacius *ad l.* 1. *D. de tranſactionibus*, egregie obſervavit Jacobus Labittus, *d. loc.* & Antonius Faber, *Rationalib. ad d. l.* 6.

CAPUT VIII.

Pauli l. 4. D. de agnoſcendis & alendis liberis novus & verus intellectus.

Igitur, ut revertar e diverticulo ad *d. l.* 4. *D. de agnoſcendis & alendis liberis* a qua longius, quam volueram, abduxerat me obſervationis elegantia, rectiſſime ait Paulus, *Necare videri non tantum eum qui partum perfocat, ſed & eum qui abjicit, & qui alimonia denegat, & eum qui publicis locis miſericordiæ cauſa exponit quam ipſe non habet.* Sed male atque imperite illi qui hinc collegerint, infantis perfocationem, abjectionem, atque expoſitionem, Pauli tempore fuiſſe obnoxiam homicidii, aut parricidii, pœnæ. Non enim id egit Paulus; ſed nec potuit agere, niſi deliraret, palam repugnante Fori uſu. Quid ergo eſt? ego vereor, ne Paulus non ad juris regulas, ſed ad juris præcepta, reſpexerit. Sunt enim, ut diligenter oſtendam infra *capite decimo*, aliæ juris regulæ, alia juris præcepta. illæ Foro ſerviunt, & legum tabulas ſequuntur: iſta non ad Forum, ſed ad officium viri boni & ſancti, ſpectant, nec, quid Populi legibus moribuſque impune fiat; ſed quid pietas, honeſtas, verecundia, denique ratio velit, conſiderant. Et ita eſt: Paulus vult, regulis juris licitam parentibus eſſe liberorum expoſitionem. nam & abjicere & perfocare eos, parentibus licere. hoc tamen nolle parentes; niſi nimis impios: ſcilicet, ne vitam tollant infelici partui. malle liberos exponere: id enim partum ſervare alterius miſericordiæ, & humanius eſſe. at hunc quoque eſſe colorem pietatis; ſed non verum. nam, ſi rem ſpectes, æque impiam & nefariam eſſe infantum expoſitionem atque abjectionem & perfocatio-

nem. occidere enim, quantum ad ipſum attinet, eum qui gignit quidem; ſed quod debet, non tuetur genitum. ac hoc non in Foro, atque ex legum ſeveritate, obtinere: ſed convenire præceptis juris, atque adeo officio viri boni: æſtimantis, non quid liceat, hoc eſt, legibus moribuſque indulgeatur; ſed quid pium ſit. Expoſui Pauli ſenſum, a nullo, quantum ſcio, animadverſum: ſed eo veriorem, quod neque a ratione Veterum Juriſconſultorum, ipſiuſque adeo Pauli, abhorret: & in primis Cœlius Lactantius id jus, cum civile & legum, tum officii, & conſcientiæ, in hac & aliis ſimilibus quæſtionibus pro ſeculi ſui ſecta, ad eamdem prorſus formam tam clare deſcripſit, ut non poſſit clarius. Verba Lactantii, etſi compluſcula ſint, tamen, quia rem ſignant, apponenda exiſtimavi. ſunt autem hæc ex *lib. 6. Divin. Inſtit. c. 20. Nou enim cum occidere Deus vetat, latrocinari nos tantum probibet, quod ne per leges quidem publicas licet: ſed ea quoque ne fiant, monet, quæ apud homines pro licitis babentur. ita neque militare juſto licebit, cujus militia eſt in ipſa juſtitia: neque vero accuſare quemquam crimine capitali, quia nibil diſtat, utrumne ferro, an verbo potius occidas, quouiam occiſio ipſa probibetur. Itaque iu hoc Dei præcepto nullam prorſus exceptioneu fieri oportet, quiu occidere homiuem ſemper ſit nefas, quem Deus ſanctum animal eſſe voluit. Ergo ne illud quidem concedi aliquis exiſtimet, ut recentes natos liceat oblidere, quæ vel maxima eſt impietas. ad vitam enim Deus inſpirat auimas, uon ad mortem. Verum homines, ne quod ſit facinus quo manus ſuas nou polluant, rudibus adbuc & ſimplicibus animis abnegant lucem nou a ſe datam. Expectet vero aliquis, ut alieno ſanguini parcant, qui non parcunt ſuo. ſed bi ſine ulla controverſia ſcelerati & injuſti. Quid illi quos falſa pietas cogit exponere? Non poſſunt innocentes exiſtimari, qui viſcera ſua iu prædam cauibus objiciunt, & quantum in ipſis eſt, crudelius necant, quam ſi ſtrangulaſſent. Quis dubitet, quin impius ſit, qui alienæ miſericordiæ locum non tribuit? Qui etiam, ſi contingat ei, quod voluit, ut alatur, addixit certe ſanguinem ſuum vel ad ſervitutem, vel ad lupanar. Quæ autem poſſint, vel ſoleaut accidere in utroque ſexu, vel per errorem, quis non intelligit, quis ignorat? Quod vel unius Oedipodis declarat exemplum, duplici ſcelere confuſum. Tam igitur nefarium eſt exponere, quam necare.* Huc uſque Lactantius, anguſtias Juris Civilis in his omnibus ex ſeculi ſui diſciplina diſtinguens ab officio viri juſti & ſancti. Ad quod pertinet quoque hoc Juſtini Martyris, *Pro Chriſtianis apologia ſecunda ad Antoninum Pium* pag. 70. *Nos ſane, ne quem perſequamur, neve impietatem committamus, pueros etiam recens natos exponere, improborum eſſe dicimus bominum.*

CAPUT IX.

Conſtitutam animadverſionem *cujus mentio ſit d. l. 2. C. de infantibus expoſitis, non aliunde petendam, quam ex l. 8. C. Ad legem Corneliam de ſicariis. Uterque locus diligenter & plene expoſitus, rejectis Jacobi Cujacii, Jacobi Rævardi, aliorumque, opinionibus.*

Supereſt, ut explicemus, quæ ſit illa *conſtituta animadverſio*, quam in *d. l. 2. C. de infautibus expoſitis* indigitant Imppp. Valentinianus, Valens, & Gratianus; cum *Unuſquiſque*, inquiunt, *ſobolem ſuam nutriat. Quod ſi exponendam putaverit*, animadverſioni, *quæ* conſtituta *eſt*, *ſubjacebit.* Puto autem, capitalem eſſe eam animadverſionem, atque ex lege Cornelia de ſicariis infligendam. Quo jure? ex auctoritate *l. 8. C. Ad legem Corneliam de ſicariis:* cujus hæc appoſui verba. *Impp. Valent. Valens & Gratian. AAA. ad Probum P. P. Si quis necandi infantis piaculum aggreſſus, aggreſſave ſit: ſciat ſe capitali ſupplicio eſſe puniendum. P. P. 7. Id. Februar. Romæ, Gratiano A. 3. & Equitio Coſſ.* 374. Quamquam nec hoc forte extra omnem eſſe difficultatem videbitur: quia aliter eam legem interpretantur Viri Summi, Jacobus Cujacius, & Jacobus Rævardus. Cujacius certe (nam ab eo initium faciam) *lib. 6. Obſerv. c.* 21. eam exaudit de quocumque infante; putatque, ea tolli dubitationem, quæ apud Veteres fuerit, an infantis cædes lege Cornelia de ſicariis puniri poſſet. Quod non probo: imo vereor, ne Cujacius, cum ſic cenſet, parum intenderit felicis ingenii vires. Quis enim Veterum dubitavit, an *infaus*, utique editus, agnitus, alique juſſus, *homo* intelligeretur? nemo. Non igitur ejus infantis cædes novam deſiderabat Conſtitutionem: quia, ut abſque ea foret, tamen ſi dolo malo eſſet occiſus, etſi infans, tamen homo, jam lex Cornelia de ſicariis ſufficiebat *l. 1. §. 2. D. Ad legem Corneliam de ſicariis.* Ne addam nunc, quod præterea parentibus, a quibus occiſus diceretur infans, agnitus, alique cœptus, ex Conſtantini Conſtitutione quæ eſt in *l. unic. C. de bis qui parentes vel liberos occiderunt*, etiam lex Pompeja de parricidiis indiſtincte iraſceretur. Nullius igitur rei eſt Jacobi Cujacii ſententia.

Nec melior Jacobi Rævardi. is *lib. 3. Conjectan. c.* 1. conjicit, prohiberi in *d. l.* 8. infantum immolationem quæ olim in Africa invaluerit. Qua cauſa? duplice. una eſt, quod *piaculum* aliquando *ſacrificium* ſignificat; & Im-

Imperatores capitale ſupplicium conſtituunt: ſi quis *necandi infantis piaculum* aggreſſus aggreſſave ſit. altera cauſa eſt, quod ea Conſtitutio ſcripta eſt ad Probum qui fuerit Præfectus Prætorio per Italiam: ſub cujus diſpoſitione Italia, Illyricum, & Africa, in Notitia Provinciarum numerentur. Sed primum, quod de *piaculo* dicit Ræyardus, nihil efficit: ſiquidem *piaculum*, vel ipſo auctore, non tantum ſacrificium, ſed etiam qualecumque aliud malum facinus, ſignificat. deinde apparet ex Tertulliano quem allegat Rævardus, olim Principe Tiberio, prohibita fuiſſe hominum ſacrificia. Et ante Valentinianum, Valentem, & Gratianum, clare Paulus noſter *lib.* 5. *Sentent. tit.* 21. §. 10. *Qui, inquit, hominem immolaverint, ex ejuſve ſanguine litaverint, phanum templumve polluerint, beſtiis objiciuntur, vel ſi honeſtiores ſint, capite puniuntur.* Poſtremo, quod de Probi Præfectura addit Rævardus, nec hoc ullius momenti eſt. Ut enim verum ſit, Probum fuiſſe Præfectum Prætorio per Italiam, ſub ejuſque diſpoſitione Italiam, Illyricum, & Africam, fuiſſe: liquet tamen, (quod jam Jacobus Gothofredus animadvertit) hanc legem proprie ad urbem Romam ſpectaſſe: quia in ejus Subſcriptione dicitur, *P. P.* 7. *Id. Februar. Romæ.* id eſt, propoſita Romæ, VII. Id. Februar.

Sed quid eſt? ut dixi, pertinet *d. l.* 8. *C. Ad legem Corneliam de ſicariis* ad infantum expoſitionem: idque unus omnium optime & veriſſime ſubodoratus eſt V. CL. Juſtus Lipſius, quem honoris cauſa appello, *Cent.* 1. *Ad Belgas epiſt.* 85. ſed tantum ſubodoratus. nihil enim in ea attingit, nihil adſtruit, ne eam confert quidem cum *d. l.* 2. *C. de infantibus expoſitis.* ſaltem dicit, (ipſa enim ejus verba adferam) *Primi fuerunt, opinor, qui vetuerunt Valentinianus, Valens, & Gratianus: quorum lex in utroque Codice Thodoſii & Juſtiniani exſtat, Ad legem Corneliam de ſicariis, Si quis necandi infantis piaculum aggreſſus aggreſſave ſit, erit capitale illud malum.* Sic Lipſius; atque ideo nihil perſuadet Jacobo Gothofredo, *ad l.* 1. *Cod. Theod. d. t.* Imo is, *In patres*, inquit, *liberos exponentes aliæ ſunt leges quæ cum hac l. nihil commune habent: quæ tamen confundit Lipſius.* Igitur, quod Lipſius facere debuit, ſed non fecit, fuerit tanti, pro noſtra mediocritate ſic detexiſſe, ut deinceps a Juris Studioſis in clara luce conſpiciatur. Quod ut præſtem, obſervandum primum, quod *d. l.* 8. eſt Imperatorum, Valentiniani, Valentis, & Gratiani, ad Probum, Præfectum Prætorio: ad quem eodem anno ab iiſdem illis Imperatoribus non multo poſt eſt ſcripta *d. l.* 2. *C. de infantibus expoſitis*: ut ex utriuſque legis Inſcriptione, & Subſcriptione, intelligitur. atque adeo, opinor, *animadverſio quæ conſtituta eſt*, cujus meminit *d. l.* 2, eſt animadverſio quæ pridem eſt conſtituta in *d. l.* 8. Deinde obſervandum, quod, hi Imperatores, cum in *d. l.* 8. ajunt, *Si quis necandi* infantis *piaculum aggreſſus aggreſſave ſit*, non qualemcumque ſignificant infantem: quamquam alioquin *infans* dicatur uſque ad ſeptimum annum *l.* 18. *C. de jure deliberandi.* nam in infante, jam agnito & ali juſſo, quid erat nova opus Conſtitutione? cum, ut ſupra dixi, in extraneos a quibus dolo malo occiſus eſſet etſi infans, tamen homo, olim lex Cornelia de ſicariis inſurgeret; in parentes autem, ſi ab iis occiſus eſſet filius ab iis agnitus, ex Conſtantini Conſtitutione quæ eſt in *l. unic. C. de his qui parentes vel liberos occiderunt*, jam lex Pompeja de parricidiis ſufficeret. Igitur *infantis* appellatione Imperatores in *d. l.* 8. non qualemcumque intelligunt infantem; ſed ſanguinolentum, ſeu recens natum: qui in Rubrica Codicis *De infantibus expoſitis, liberis & ſervis, & de his qui ſanguinolentos nutriendos acceperunt*, & apud Lactantium, *lib.* 6. *Divinar. Inſtit. c.* 20. id eſt, in ipſa hac quæſtione, ſpecialiter *infans* dicitur. Is vero populari errore, quod præterea obſervandum, non videbatur *homo*, antequam nutricis opera interveniſſet: ut ex Philone Judæo, *De vita Moſis*, ſupra oſtendi: denique adhuc ad legis Corneliæ, aut Pompejæ, providentiam non pertinebat. Igitur quod omnes boni & ſancti viri, in primis Chriſtiani, etiam multi Gentiles, non legis, ſed officii ac pietatis, eſſe exiſtimabant; hoc Imperatores *d. l.* 8. tandem ad juris neceſſitatem traxerunt: cum juſſerunt, homicidii pœna quæ tum capitalis erat, puniri eum qui infantem necaverit: puta, ſtrangulaverit, aut eliſerit: nec hunc tantum, ſed etiam, qui necare tentaverit, puta quod eum abjecerit in aquas aut in ſolitudinem, aquis, aut fame, aut frigore, aut ferarum laniatu, conſumendum. idque jus eſſe non modo, ſi quis aggreſſus, ſed etiam, ſi quæ aggreſſa, ſit necandi infantis piaculum: quum ante & patri, & matri, impunita filii expoſitio eſſet; ut liquet ex Scævola *l.* 29. *D. de manumiſſis teſtamento*, Quintiliano *Declam.* 306. & Julio Firmico Materno, *lib.* 6. *Matheſ. c.* 1. His adde, quod Imperatores non diſtinguunt, utrum quis hoc piaculum ob paupertatem ſit aggreſſus, an aliter: quum alioquin ſe plerique illo colore excuſarent: ut paraſitus apud Quintilianum *lib.* 4. *Inſt. Orat. c.* 2. *pag.* 311: Sed & Lactantius *d. lib.* 6. *c.* 20. *At enim, inquit, parricidæ facultatum anguſtias conqueruntur, nec ſe pluribus liberis educandis ſufficere poſſe prætendunt. quaſi vero aut facultates in poteſtate ſint poſſidentium, aut non quotidie Deus ex divitibus pauperes, & ex pauperibus divites faciat. Quare ſi quis liberos ob pauperiem non poterit educare, ſatius eſt, ut ſe ab uxoris congreſſione contineat, quam ſceleratis manibus Dei opera corrumpat.* Atque ea certa & clara erant, ſi vel necatus, puta, perſocatus, ſtrangulatus, eliſuſve, eſſet infans,

 vel

vel ejus mors tentata eſſet abjectione in aquas, aut in ſolitudinem. Sed quid, ſi in publico & celebri loco eſſet expoſitus alienæ miſericordiæ: quod fere a pauperioribus fiebat, cogente neceſſitate: quum illud ſine egeſtatis ſuſpicione faceret præſertim qui infantem poterat, ſed nolebat, heredem relinquere? Potuit inſignis eſſe dubitatio, an huc porrigenda eſſet legis ſeveritas: non enim æque videbatur pater in hac, atque in priore, ſpecie aggredi necandi infantis piaculum. Quintilianus *d. Declam.* 306. *Una calumniæ origo eſt, quod hanc expoſuiſſe conſtat. Rarum igitur eſt, ut expoſiti vivant. Caducum circa initia animal, homines ſumus. Nam ferarum pecudumque fœtibus eſt ſtatim ingreſſus, & ad ubera impetus: nobis tollendus infans, & adverſus frigora nutriendus, ſic quoque inter parentum manus, gremiumque nutricis, ſæpius labitur. Unde nobis tantam felicitatem, ut ad infantem mors accerſita non veniat? Vos ponite ante oculos puerum ſtatim neglectum: cui mori domi expediret, inde nudum corpus, ſub cœlo, inter feras & volucres. Video moveri, mulier, lacbrymas tuas. Nemo tibi mortalium poſſet ignoſcere, niſi juſſa feciſſes. alia tamen conditio eſt eorum quibus obvium patrem quærit exponeutium paupertas. ille relinquitur loco celebri: tunc & libet cuſtodire longe, & ſpectare fortunam. alter abdicatur quem juſſit exponi, qui relinquere poterat heredem.* Sed quid eſt? utrum lex ad utramque, an ad alteram, expoſitionem ſpectat? ut dixi, potuit dubitari. imo ex facto dubitatum fuit a Probo, Præfecto Prætorio, ad quem miſſa *d. l.* 8. fuit a. d. VII. Idus Februarii, Gratiano III. & Equitio, Conſulibus. ſed dubitationem ſuſtulere Imperatores *d. l.* 2. *C. de infantibus expoſitis* quæ data eſt ad eumdem Probum P.P. IV. Nonas Martii, eodem anno. Voluerunt enim, unumquemque ſuam nutrire ſobolem: ac, ſi quis exponendam putaverit, eum ſubjacere animadverſioni quæ conſtituta eſt: id eſt, capitali, conſtitutæ in *d. l.* 8. nempe, quia interpretati ſunt, tentari necem infantis cui per conditinem ſuam egeno alienæ & pietatis & providentiæ (caducum enim circa initia animal, homines ſumus: ut Quintilianus ait *d. loc.*) omnia negantur a parentibus qui, volente natura, ei omnia debent ad arcendam necem neceſſaria. Quod omnes Chriſtiani Scriptores, ſed & multi Pagani, ſentiebant; ut ex locis, ſupra allegatis, intelligitur: quibus hic pro cumulo addam illud Plauti, *Ciſtellaria, act. 4. ſc.* 1.

— — — Crepundia
Hæc ſunt, quibuſcum tu extuliſti noſtram filiolam ad necem.

CAPUT X.

De præceptis juris: & quo ſenſu Ulpianus l. 10. *§.* 1. *D. de Juſtitsa & Jure dixerit*, Juris præcepta hæc eſſe, honeſte vivere, alterum non lædere, ſuum cuique tribuere. Et *quomodo ea diſtinguantur a* legis virtute *quam Modeſtinus l. 7. D. de legibus ait eſſe*, Imperare, vetare, permittere, punire.

Hoc caput poſtulat, ut inquiram, quid ſibi velit Ulpianus *l.* 10. *pr.* §. 1. & 2. *D. de juſtitia & jure*; cum ſic ſcribit, *Juſtitia eſt conſtans & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi. Juris præcepta ſunt hæc: honeſte vivere, alterum non lædere, ſuum cuique tribuere. Juriſprudentia eſt divinarum atque humanarum rerum notitia: juſti atque injuſti ſcientia.* Nam & exponere id promiſi capite VIII. hujus libri; & niſi fallor, erit pulchræ res inquiſitionis; juvabitque ea quæ ſupra attuli ad intellectum Pauli *l.* 4. *D. de agnoſcendis & alendis liberis.* Principio autem monebo, quod is locus eſt ex Ulpiani *lib.* 1. *Regularum:* ſic enim habet ejus Inſcriptio. Deinde addam, quod Ulpianus, cum *Juris præcepta* dicit, non Juris regulas, ſeu Jus civitatis, & Legum decreta, ac definitiones, quibus in Foro locus eſt, ſignificat: ſed Juriſprudentiæ, ſive Civilis Sapientiæ, ſive Artis æqui & boni, quam idem Ulpianus *Jus* appellat *l.* 1. *D. de juſtitia & jure*, ſuaſiones ſive admonitiones ad juſtitiam. Quod ut cenſeam, movet me Auctor *Dialogi De oratore, ſive de cauſis corruptæ eloquentiæ c.* 32. his verbis. *Ut ignorent leges, non teneant ſenatuſconſulta, jus civitatis ultro derideant, ſapientiæ vero ſtudium & præcepta prudentum penitus reformident.* Sic ille; Leges, Senatuſconſulta, & Jus civitatis, a Sapientiæ ſtudio, & præceptis Prudentum, clare diſtinguens. *Juris* igitur *præcepta* non ſunt Legis, nec Senatuſconſultorum, denique non Juris civitatis, regulæ ac decreta; ſed Juriſprudentiæ admonitiones ad juſtitiam. *præcipere* enim Latinis eſt non modo jubere, ſed etiam docere & monere: unde *præceptor* idem qui doctor & monitor. Hoc ſenſu Lactantius *lib. 6. Divin. Inſtit. c. 6. Qui*, inquit, *error nou modo populi & imperitorum, ſed etiam philoſophorum eſt qui præcepta quoque dant ad juſtitiam.* Item *c.* 10. *Ad hanc partem philoſophorum nulla præcepta ſunt.* Et *c.* 12. *Ignorantia veri juris prudens ac ſciens in hos ſe laqueos induxit, quod ut ei poſſit ignoſci, teſtificatus eſt, non ad veram juſtitiam quam non teneat, præcepta ſe dare, ſed ad umbram imaginemque juſtitiæ. ignoſcendum eſt igitur umbratico & imaginario præceptori, qui ſe neſcire fateatur.* Igitur *præcepta juris* Ulpiano non ſunt legis, aut Juris Civilis, decreta, ſeu regu-

læ;

læ; ſed Artis æqui & boni ad juſtitiam admonitiones.

Quod ut clarius intelligatur, animadvertendum eſt, eam eſſe Artis noſtræ rationem, ut non tantum ſcientia, ſed etiam actione, occupetur: itaque ex duobus conſtet, id eſt, decretis, præceptiſque: exemplo Philoſophiæ quam Veteres cum ſimiliter diſtribuant in veri contemplationem, & actionem, decretis ac præceptis abſolvi opinantur. Vocant autem *decreta*, Philoſophiæ ſive leges, ſive ſcita generalia, & omnia alligantia, atque a quibus ſine ſcelere recedi nequeat. Auctor Cicero *lib.* 4. *Academic. quæſtion.* verbis ſequentibus, *Decreta philoſophi vocant* δόγματα *quorum nullum ſine ſcelere prodi poteſt. cum enim decretum proditur, lex veri rectique proditur.* Contra *præcepta* appellant Veteres, monitiones, ſive ſuaſiones, officiorum quæ propria cujuſque perſonæ ſint; non autem in univerſum componunt hominem; nec imperant, ſed exorant: ut multis oſtendit Seneca *epiſt.* 94. *&* 95.

Quod illi de Philoſophia tradidere, Ulpianus *d. l.* 10. §. 1. *&* 2. de Civili Sapientia cenſet: nam & hanc partim legum ac regularum ſcientia, partim officiorum præceptis ac monitionibus conſumi. itaque expoſiturus Ulpianus Regulas Juris, (quod Inſcriptio *d. l.* 10. oſtendit) in operis ingreſſu Juris *regulas*, id eſt, generalia Artis decreta, ab ejus *Præceptis*, id eſt, a ſpecialibus officiorum ſuaſionibus, denique ſcientiam ab actione, diſtinguit; ac poſtquam dixit, quid *Juſtitia* ſit, deinde *Juris*, inquit, *præcepta ſunt hæc: honeſte vivere, alterum non lædere, ſuum cuique tribuere. Juris prudentia eſt divinarum atque humanarum rerum notitia juſti atque injuſti ſcientia.* Sed primum de Juris regulis, ſeu Juris decretis, videbo. Qua in parte placet quod Modeſtinus *l.* 7. *D. de legibus* (quam ſimiliter eſſe ex *libro* 1. *Regularum*, ejus Inſcriptio oſtendit) ait ſimili conſilio, *Legis virtus eſt, imperare, vetare, permittere, punire.* Primum vult Modeſtinus, quod lex *imperat*, aut *vetat:* non ſuadet, aut diſputat. optime: non enim hæc ejus ratio eſt, ſapientiæ ſtudere; ſed humanæ ſocietati cavere ab hominibus ſtultis aut improbis. igitur imperat recta, id eſt, paci & conjunctioni utilia: vetat autem contraria. Utrumque Cicero indicat *lib.* 2. *De natura Deorum*; cum *Lex*, inquit, *eſt recti præceptio, pravique depulſio.* Deinde ait Modeſtinus *d. l.* 7. quod lex *punit.* quando? ſi non obſervetur: & ideo a Papiniano *l.* 1. *D. de legibus* dicitur, *Coercitio delictorum quæ ſponte vel ignorantia contrahuntur.* Quid ni? fruſtra enim jubet aut vetat, ſi non poſſit cogere eos qui civilis ſocietatis rationem ac fructum per imperitiam non ſentiant, aut per malitiam adſpernentur. punit igitur lex utroſque tuendæ diſciplinæ gratia: atque adeo non quia peccatum eſt, ſed ne peccetur; denique, ut homines improbi aut ſtulti quibus ratio non ſufficit, quo minus peccata quæ eis utilia aut jucunda videntur, appetant; & virtutem quæ eis ſterilis aut moleſta apparet, negligant: animadvertant, virtutem, etſi non habeat præſentem utilitatem, aut certe non tantam, quantam peccatum, tamen ideo utilem eſſe; quia non metuit pœnam, id eſt, futurum malum: peccatum autem, etſi quale quale habeat præſens bonum, tamen eo damnoſum eſſe; quia ei, propter inſecuturam pœnam, gravius atque acerbius imminet malum. At lex non tantum imperat, vetat, ac punit: ſed, ut Modeſtinus ait, etiam *permittit.* primum, quia non poteſt omnia complecti. deinde fertur hominibus non perfectis; ſed qui erroribus atque affectibus ſint obnoxii: iis autem ut pœnas oſtendat, etiam graviſſimas; tamen cum eorum ingenia & mores neque ſtatim, neque ſemper, neque in omnibus, peræque poſſit ad perfectæ ſapientiæ virtutiſque rigorem inflectere: apparet, inanem & iniquam futuram: ſi ad perfectæ virtutis ac ſapientiæ ſcribatur formulam: nec quidquam donet ſeculi vitiis, aut communis humanitatis fragilitati: ſed eam adſtringat neceſſitate faciendi id cui par non ſit. Igitur oportet legem, ut utilis & æqua ſit, cogitare, quales eſſe conveniat, quibus præeſt, etiam quos inveniat, denique, quid in his libido, quid error, & modus humanæ ſortis, patiatur. Atque hoc obſervat Mecœnas, Oratione ad Auguſtum de ordinanda republica, apud Dionem Caſſium *lib.* 52. Verba ejus. *Natura multos homines eo rapit, ut contra leges delinquant. quæ ſi quis accurate perſequi omnia velit, aut neminem aut perpaucos relinquat impunitos: ſin humaniter æquitatem juri permiſceat, fortaſſis eos emendet. lex enim quanquam neceſſario graves pœnas ſtatuat, tamen naturam coercere non ſemper poteſt.* Auguſtinus quoque, *lib.* 1. *De libero arbitrio*; cum ſic infit, *Ea vindicanda ſibi lex populi aſſumit, quæ ſatis ſint conciliandæ paci hominibus imperitis, & quanta poſſunt per hominem regi.* Et paulo poſt, *Videtur tibi lex iſta quæ regendis civitatibus fertur, multa concedere, atque impunita relinquere quæ per divinam tamen providentiam vindicantur. & recte.* Expoſui virtutes legis; id eſt, civilis ſapientiæ regulas, ſeu decreta.

Venio ad præcepta: ea præcepta, ut Ulpianus ait *d. l.* 10. §. 1. *D. de juſtitia & jure*, ſunt, *Honeſte vivere, alterum non lædere, ſuum cuique tribuere.* Volunt autem, quod eſt officium Juriſconſulti, civilem ſapientiam profitentis, ſi de jure quæratur, præcipere ſive monere, ſive ſuadere: ne is qui vir bonus & juſtus videri velit, tam legum tabulas ob oculos habeat, quam in primis humanæ conjunctionem ſocietatis. ita prorſus: ut, ſi hanc juvent leges, eas ſequatur: ſin minus, non eis ſerviat, ſed ſocietati: quem finem ſi-

bi

Digitized by Google

bi ipſæ proponunt leges. huic porro cum ſemper faciat quod honeſtum eſt, quodque alterum non lædit, & quod æqualitatem inter homines ſervat; leges vero ea aut contraria non ubique imperent aut vetent: (ſive quod generales ſunt, nec facile poſſunt ſe ad ſingula dimittere; ſive quod reſiſtit humanæ infirmitas conditionis, quo minus perfectæ ſint) eam ob cauſam virum juſtum & civilis vitæ ſtudioſum non peræque quod legibus licet, decere. nam his concedi multa quæ non ſint honeſta, multa quæ alterum lædant, multa quæ non tribuant ſuum cuique. igitur ſi quæ liceant ideo, quia legibus permittuntur, tamen ſi inhoneſta ſint, aut alterum lædant, aut non tribuant ſuum cuique, denique non pergant ad legum finem, id eſt, ad utilitatem humanæ conjunctionis; ei ab his æque abſtinendum eſſe, ac ſi eſſent legibus vetita. Seneca *lib.* 2. *De ira c.* 27. idem ſic exprimit, *Quam anguſta innocentia eſt, ad legem bonum eſſe? quanto latius officiorum patet, quam juris regula? quam multa pietas, humanitas, liberalitas, juſtitia, fides exigunt quæ omnia extra publicas tabulas ſunt.* Seneca, quas legis virtutes dixit Modeſtinus, vocat juris regulas, id eſt, regulas juris civitatis; & has obſervare, ait ad legem bonum eſſe: quæ vero juris præcepta dixi ex Ulpiano, Seneca appellat regulas officiorum: eaſque ait non legum tabulis, ſed virtute ac ratione, circumſcribi. ita anguſtam legem eſſe: late autem patere præcepta ſapientiæ. nempe, quia refert, quod lex non ſuadet, ſed imperat aut vetat; ac, ſi non ſervatur, punit, nec pœnitentiæ locum dat. at præceptorum non imperium eſt, ſed ſuaſio: quam ſi quis ſponte audit, virtus laudatur: ſi non audit, non utique pœna ſequitur. Eam differentiam notat idem Seneca, *epiſt.* 94. Verba Senecæ, *Leges*, inquit, *ut faciamus quod oportet, non efficiunt: & quid aliud ſunt, quam minis mixta præcepta? Primum omnium ob hoc illa non perſuadent, quia minantur: at hæc non cogunt, ſed exorant. Deinde leges a ſcelere deterrent: præcepta in officium adhortantur. His adjice, quod leges quoque proficiunt ad bonos mores: utique ſi non tantum imperant, ſed docent. in hac re diſſentio a Poſidonio. Non probo, quod Platonis legibus adjecta principia ſunt. legem enim brevem eſſe oportet, quo facilius ab imperitis teneatur, velut emiſſa divinitus vox ſit. Jubeat, non diſputet. Nihil videtur frigidius, nihil ineptius, quam lex cum prologo. Mone, dic, quid me velis feciſſe: non diſco, ſed pareo.*

Ex quo apparet, alia eſſe Juris decreta, ſeu regulas: alia præcepta. Niſi Papiniano lex dicitur, *commune præceptum l.* 1. *D. de legibus.* Et in *l.* 41. *D. de pœnis* exſtat, *Sanctio legum quæ noviſſime certam pœnam irrogat iis qui* præceptis legis *non obtemperaverint, ad eas ſpecies pertinere non videtur.* Et Tryphoninus *l.* 37. §. 1. *D. de minoribus* allegat *Præcepta legis Juliæ de adulteriis.* Item dicit, *Quod non ſit ætatis excuſatio adverſus* legum præcepta *ei qui dum leges invocat, contra eas committit.* Juſtinianus quoque *pr. Inſt. de nuptiis* ait, *Juſtas nuptias inter ſe cives Romani contrahunt, qui ſecundum* legum præcepta *coëunt.* Sed dicamus, juris præcepta vel in ſpecie talia eſſe, vel decreta appellari: atque adeo interdum ſub decretis comprehendi, interdum ab iis diſtingui. Senecam audi *epiſt.* 94. *Quid enim intereſt inter decreta philoſophiæ & præcepta: niſi quod illa generalia præcepta ſunt, hæc ſpecialia? utraque res præcipit: ſed altera in totum, particulatim altera.* Seneca decreta ſub generali præceptorum appellatione complectitur; & tamen decreta a præceptis diſtinguit: quia illa generalia ſunt; hæc ſpecialia: illa ſunt minis mixta, hæc non ſunt: ut ante ex eo dictum.

Caput XI.

Aliquando evenire, miteſcentibus paulatim hominum ingeniis; ut quæ ante erant in præceptis, deinde ad juris regulas tranſeant. Ejus rei exemplum perquam elegans eſſe in expoſitione, & nece, recens nati infantis: item in procuratione abortus. Quando cœperit crimen abortivi quod mulier ipſa ſibi faceret, puniri. Et an a conſtituta ei pœna recte fiat argumentum ad pœnam infantis expoſitioni, aut neci, poſitam? Non videri. Marcianus & Tryphoninus expoſiti l. 39. *D. de pœnis, & l.* 4. *D. de extraordinariis criminibus. Aliud exemplum in fideicommiſſis. Aliud in teſtimonio familiæ emptoris & heredis. Item in beneficio ordinis quod fidejuſſoribus competit. Denique in ſtipulationibus & promiſſionibus jocandi animo factis. Notabilis differentia inter Prætoriam & Cenſoriam cognitionem. Varroni lux loco egregio & obſcuro.*

Vix poſſum mihi temperare; quin ſuperioribus addam, aliquando fieri, miteſcentibus magis hominum moribus: ut quæ hactenus ſubſtiterant in Juris præceptis, in decreta, ſeu regulas, tranſeant; & quam ante non habuerant, neceſſitatem accipiant. Eſt enim & ea res curioſæ, atque in jure utilis, obſervationis; ſed nec ab hoc inſtituto alie-

næ.

næ. Poſſet certe in his quæ de infantum expoſitione & cæde ſupra diſputavi, inde aliqua ſubnaſci hæſitatio; quod jam olim ante Valentinianum, Valentem, & Gratianum, imo ante Paulum quoque, placuit, graviter puniri mulieres quæ viſceribus ſuis, quo partum abigerent, vim intuliſſe dicerentur. Nam, ſi animadverſum fuit in eas quæ occiderent partum nondum natum; quanto juſtior fuit pœna adverſus parentes qui partum natum interficerent? Atqui jam Ciceronis tempore, atque adeo ante Paulum, punitas fuiſſe mulieres quæ partum abigerent, ex ejus Oratione *Pro Cluentio Avito* oſtendit Tryphoninus *l. 39. D. de pœnis:* & præterea addit, mulierem, ſi quæ poſt divortium viſceribus ſuis vim intulerit, ne jam inimico marito filium procrearet, etiam ab Imperatoribus noſtris temporali exilio coërcitam fuiſſe. Non igitur dubium eſt, quin tum puniri quoque debuerint parentes, ſi qui partum natum occiderent, aut exponerent. Quid dicimus? non ſic recte diſputari. Non enim illa hic quæſtio eſt, utrum infantis expoſitionem æque, atque abortivum, olim oportuerit Civili Jure puniri: ſed an quæ pœna eo jure æque illi, atque huic, ſceleri fuerit conſtituta. Quod non temere dixerim. nam ſi quæ mulier ipſa ſibi partum abigeret, nulla videtur adverſus eam poſita Jure Civili fuiſſe pœna: quamquam Cicero in Oratione *Pro Cluentio Avito* ſcripſit, Mileſiam quamdam mulierem, cum eſſet in Aſia, quod ab heredibus ſecundis, ſive ſubſtitutis, accepta pecunia, partum ſibi medicamentis ipſa abegiſſet, rei capitalis eſſe damnatam. Non enim hoc exemplum (quod miror non vidiſſe aut Jacobum Cujacium *lib. 19. Obſerv. c. 9*, aut Jacobum Rævardum *lib. 3. Conjectan. c. 1.*) ad rem pertinet. Potuit enim legibus moribuſque alicujus in Aſia Gentis ſuo utentis jure, ſic judicari recte: cum præſertim Veterum quorumdam Legiſlatorum, & nominatim Lycurgi ac Solonis, inſtitutis vindicatum fuiſſe abortus crimen, Galenus auctor ſit, *lib. An animal ſit id quod in utero eſt c. 5.* Sed nos de uſu Fori Romani quærimus: de quo nihil Cicero *d. loc.* nec Galenus; puto, quod id ſcelus, quamquam Romæ a fœminis, etiam honeſtioribus, quotidie & ſere palam admitteretur, tamen legibus moribuſque ibi impunitum eſſet. Sceleris iſtius quotidiani, quaſi liciti atque impuniti, meminit Seneca *Conſolat. ad Helviam matrem c. 16.* in verbis quæ adferam paulo poſt. Frequentiæ ejus ſceleris etiam meminit Ovidius *Eleg. De nuce*, verbis ſequentibus:

Nunc uterum vitiat quæ vult formoſa videri:
Raraque in hoc ævo eſt quæ velit eſſe parens.

Nec minus Juvenalis *Sat. 6. verſ. 500. & ſeqq.* verba:

Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto.
Tantum artes hujus, tantum medicamina poſſunt
Quæ ſteriles facit, atque homines in ventre necandos.

Optime Juvenalis ait, in ventre necari homines: ſed contra invaluit ſententia exiſtimantium, quod partus nondum editus, qualiſcumque eſſet, ſive adhuc informis, ſive jam formatus, ut apud Philoſophos complures, ſic in Foro Romano, matris quidem & viſcerum haberetur portio *l. 1. §. 1. D. de ventre inſpiciendo:* ſed interim, antequam editus eſſet, non recte *homo* diceretur. Sic enim Papinianus definit *l. 9. §. 1. D. Ad legem Falcidiam*, & plerique Philoſophi, apud Galenum *d. loc.* & Plutarchum, *lib. 5. De placitis Philoſophorum c. 15. & c. 26.* Atque eo minus: quia & editum natumque infantem, quamdiu non eſſet agnitus alique juſſus, exponere, atque etiam necare, licebat: propterea quod infans, quamdiu nullum nutricis officium interveniſſet, vulgari errore non haberetur homo: ut ex Philone Judæo oſtenſum ſupra. Et tamen, quia homine concepto, etſi nondum edito, neque agnito, jam hominis ſpes erat; ideo viri juſti & pii, cum Chriſtiani, tum Gentiles, ab ejus cæde, quamquam legibus licita, tamen improba, perinde atque a vetita, abſtineri præcipiebant: denique laudabant fœminas, etiam illuſtres & egregias; quod a concepti partus eliſione abhorrerent. quæ frigida fuiſſet laudatio, ſi ea res legibus aut moribus jam tum prohibita fuiſſet. Ex hoc genere eſt illud Senecæ, *Conſol. ad Helviam matrem d. c. 16.* *Nunquam te fœcunditatis tuæ, quaſi exprobraret ætatem, puduit: nunquam, more aliarum quibus omnis commendatio ex forma petitur, tumeſcentem uterum abſcondiſti, quaſi indecens onus, nec intra viſcera tua conceptas ſpes liberorum eliſiſti.* Jam Ovidius *lib. 2. Amorum Eleg. 14.* tale amicæ ſuæ ſcelus, quaſi impium, ac flagitioſum, ſerio deteſtatur; ſed pœnæ non meminit, niſi divinæ. Nec aliter Athenagoras, *Legatione pro Chriſtianis pag. 38.* id eſt, ſub Divis Fratribus; cum, *Qui*, inquit, *mulieres medicamentis abortivis utentes, homines occidere, & rationem reddituras Deo, dicimus.* De ſuo quoque tempore Tertullianus, *Apologetico*, id eſt, ſub Septimio Severo ſub quo id Opus ſcripſit, ſic ait, *Nobis vero homicidio ſemel interdicto, etiam conceptum utero, dum adhuc ſanguis in hominem deliberatur, diſſolvere non licet. Homicidii feſtinatio eſt, prohibere naſci: nec refert, natam quis eripiat animam, an naſcentem diſturbet: homo eſt, & qui eſt futurus, & fructus omnis jam in ſemine eſt.* Sed quod illi tum non legis, ſed præcepti, eſſe veriſſime exiſtimabant; Impp. Severus & Antoninus in nuptis paulo poſt ad Juris regulam, atque adeo ad neceſſitatem, traxerunt. Id obſervat Marcianus *l. 4. D. de extraordinariis criminibus:* quæ, quod notandum, deſumpta eſt ex *libro* ejus *primo Regularum.* ait vero, *Divum Severum & Antoninum reſcripſiſſe, Eam quæ data opera abegit, a Præſide in temporale exilium dandam;* & addit, *Indignum videri poſſe, impune eam maritum liberis fraudaſſe.* Atque

que eos Imperatores intelligit, niſi fallor, Tryphoninus *l.* 39. *D. de pœnis*; cum ſic ſcribit, *Sed & ſi qua viſceribus ſuis poſt divortium, quod prægnans fuit, vim intulerit, ne jam inimico marito filium procrearet: ut temporali exilio coërceatur, ab optimis Imperatoribus noſtris reſcriptum eſt.* Igitur cœpit abortus procuratio, cujus deteſtatio hactenus in præceptis fuerat, poſt hoc Reſcriptum cadere in crimen non homicidii, ſed extraordinarium, nec ex lege Cornelia, ſed exilio temporali, vindicandum. An & infantis expoſitio, & occiſio? cenſent doctiſſimi homines. ſed, quod cum bona eorum venia dixerim, ſi qui ſunt qui illorum auctoritate capiuntur, errant. Tantum enim reſcripſerunt Imperatores de abortu de quo ex facto erant conſulti. cæterum de infantis expoſitione, aut nece, neque conſulti erant, neque reſcripſerunt. Manſit igitur execratio expoſitionis, & necis, infantis poſt hoc Reſcriptum in præceptis: nec ſub legis ſeveritatem venit; niſi ſero: id eſt, demum ſub Valentiniano, Valente, & Gratiano *l.* 8. *C. Ad legem Corneliam de ſicariis*, & *l.* 2. *C. de infantibus expoſitis.* Expoſui primum, & ſane notabile, exemplum Juris præcepti in regulam mutati.

Venio ad alterum. id exemplum eſt in fideicommiſſis. nam ea ante Imp. Auguſtum quidem pudore eorum qui rogabantur, continebantur: ſed juris vinculum demum a moribus accepere; poſtquam Imp. Auguſtus ſemel iterumque juſſit, Conſules auctoritatem ſuam extra ordinem interponere §. 1. *Inſt. de fideicommiſſariis hereditatibus.* Quamquam nec ſic ſtatim peræque in provinciis, atque in Urbe, recepta ſunt. Clare Suetonius, *Claudio* c. 23. *Juriſdictionem de fideicommiſſis quotannis, & tantum in urbe delegari magiſtratibus ſolitam, in perpetuum, atque etiam per provincias poteſtatibus demandavit.*

Similiter Veteres quidem familiæ emptorem, & eos qui per poteſtatem ei conjuncti erant, a teſtamentariis teſtimoniis repellebant; heredi autem & iis qui per poteſtatem ei conjuncti fuerant, concedebant, teſtimonia in teſtamentis præſtare. & tamen qui id permittebant, hoc jure minime abuti eos debere ſuadebant. Sed eam obſervationem correxit Juſtinianus; & quod ab illis ſuaſum eſt, in legis neceſſitatem tranſtulit; atque ad imitationem priſtini familiæ emptoris merito nec heredi qui imaginem vetuſtiſſimi familiæ emptoris obtinet, neque aliis perſonis quæ ei conjunctæ ſunt, licentiam conceſſit, ſibi quodammodo teſtimonia præſtare §. 10. *Inſt. de teſtamentis ordinandis.*

Æque pulchræ fuerint obſervationis, quod olim electio Jure Civili permittebatur creditori, apud quem fidejuſſor intervenerat pro debitore, utrum mallet principalem debitorem, an ejus fidejuſſorem, convenire. id enim apparet ex *l.* 3. *C. de fidejuſſoribus & mandatoribus*: in qua Impp. Severus & Antoninus ita reſcribunt. *Non recte Procuratores noſtri, ſi allegationi tuæ fides adeſſet, audire te noluerunt ex bonis fidejuſſoris, quæ ad fiſcum pervenerunt, pecuniam repetentem, ſed reum principalem convenire juſſerunt: cum electionis poteſtas permittatur creditori.* Sic in decretis fuit, quibus in Foro locus erat: ſed non idem fuit in præceptis. Quintilianum audi, *Declam.* 273. Verba Quintiliani. *Petitur a nobis pecunia quam non accepimus, non conſumpſimus, non in illum rerum noſtrarum uſum convertimus. Etiam cum iſtud periculum eſt ſponſoris, miſerabile eſt, bonitate labitur, humanitate conturbat. Hoc quo pertinet? non ut extorqueam vobis, judices, religionem: ſed ut intelligatis, quod profecto cognoſcitis, non eſſe exigendum a ſponſore creditum, niſi jure ſummo. De quo priuſquam loquor, etiamnum ea quæ humanitatis & conſuetudinis gratia dici ſolent, non omitto. Debitorem appellaſti: cum ipſo cui dederas pecuniam egiſti. Non enim aliter ſalvo pudore ad ſponſorem venit creditor, quam ſi recipere a debitore non poſſit.* Sed quod Quintilianus pudoris atque officii eſſe perhibet; deinde juris & decreti eſſe, in primis Juſtinianus juſſit *Novell.* 4. *c.* 1.

Ex eodem genere neſcio an ſit hoc Varronis, *lib.* 5. *De lingua Latina*, *pag.* 41. *Qui ſpoponderat filiam deſpondiſſe dicebatur: quod de ſponte ejus, id eſt, voluntate exierat. Non enim ſi volebat, dabat, quod ſponſu erat alligatus. Nam in comœdiis vides dici, ſponden' tuam gnatam filio uxorem meo? quod tum & prætorium jus ad legem, & cenſorium judicium ad æquum æſtimabatur.* Et paulo poſt. *Itaque qui ad id, quod rogatur, non dicit, non reſpondet: ut non reſpondet ille ſtatim, qui dixit ſpondeo, ſi jocandi cauſa dixit, neque agi poteſt cum eo ex ſponſu. Ita quiſquis dicit in tragœdia, Meminiſtine te deſpondere mihi gnatam tuam? quod ſine ſponte ſua dixit, cum eo agi non poteſt ex ſponſu.* Huc uſque Varro. Ut autem intelligatur elegans, ſed obſcurus, locus; obſervandum eſt, quod, ut ex ſponſu quis obligaretur Civili Jure, ſufficiebat, eum ad interrogata reſpondiſſe: nec intererat, utrum ſerio reſpondiſſet, an per jocum. erat enim ſtipulatori jus utraque in ſpecie, a Prætore petere ex ſtipulatu actionem: nec Prætori licebat, eam denegare; aut ei, ſi eam daret, addere exceptionem. ita fiebat, ut ex ſponſu conventus promiſſor apud Judicem a Prætore datum, quamvis interroganti per jocum reſpondiſſet, tamen ſine ulla Judicis religione condemnaretur. Atqui hoc non officium patiebatur. Scio: ſed de officiis non apud Prætorem quærebatur, nec apud Judicem ab eo datum; ſed apud Cenſorem. erat enim alteri commendata juris legumque executio. alteri non ea commiſſa erat; ſed morum cenſura & caſtigatio: ut ille clamat, apud Gellium, *lib.* 14. *Noct. Attic. c.* 2. Ac vere Perſius *ſat.* 5.

Non Prætoris erat, ſtultis dare tenuia rerum
Officia, atque uſum rapidæ permittere vitæ.

Quid

Quid multa? clare Plautus, *Pſeudolo*. 4. 7. Verba Plauti.

Auſeretur id præmium a me quod promiſi per jocum.

Idem Varro indicat ſequentibus verbis, *Qui ſpoponderat filiam, deſpondiſſe dicebatur, quod de ſponte ejus, id eſt, voluntate exierat. non enim ſi volebat, dabat, quod ſponſu erat alligatus.* Senſus, ſi nolebat, dabat tamen; ſive, etſi non volebat, tamen dabat; id eſt, tenebatur tamen actione ex ſtipulatu dare ideo, quod ſufficeret Civili Jure, promiſſionem de promittentis ſponte eſſe profectam; denique apud Prætorem de jure, non de moribus atque officiis, ut apud Cenſorem, ageretur. Pergit enim Varro, *Nam* in Comœdiis vides dici, *Sponden' tuam gnatam filio uxorem meo? quod tum prætorium jus ad legem, & cenſorium judicium ad æquum æſtimabatur.* Varro vult, Prætores olim legibus, Cenſores æquitati, ſerviiſſe. igitur Prætores tum, ſi quis per jocum reſpondiſſet interroganti, ex legibus jus dixiſſe; etſi æquitas reſiſteret: tantum, quia ſponſor ſponte locutus diceretur; idque legibus ſufficeret. & addit Varro joci exemplum: ut, ſi quis in comœdia ſpondeat. Ita olim fuit. Sed deinde & Prætor cœpit de ſponſu ita jus dicere; ut, ſi jocandi cauſa dictum eſſet, *ſpondeo*, daret quidem actionem Civili Jure; verum ut ei adderet exceptionem: eaque oppoſita, obligatio per jocum contracta, etſi Civili Jure valeret, tamen Prætorio Jure pro nulla haberetur. Atque hoc in primis invaluiſſe opinor; poſtquam Gallus Aquilius (quod Cicero *lib.* 3. *De officiis* docet) introduxit de dolo malo formulas: ſcilicet, ne cui dolus ſuus per occaſionem Juris Civilis prodeſſet contra naturalem æquitatem *l.* 1. §. 1. *D. de exceptione doli mali.* Obtinuit vero ea exceptio, non modo ſi quis, cum aliter per machinationem obligatus eſſet: ſed & ſi nullus ſtipulantis dolus interceſſiſſet, verum ipſa res in ſe dolum haberet: ut, ſi ſine cauſa ſtipulatus ſit, & deinde ex ea ſtipulatione experiatur. nam etſi ab initio nihil dolo malo admiſerit; tamen, cum litem conteſtatur, dolo facit qui perſeverat ex ea ſtipulatione petere *l.* 2. §. 3. *D. eod. tit.* & *l.* 36. *D. de verborum obligationibus.* Et hoc porro Varro vult; cum ſubjicit, *Itaque qui ad id, quod rogatur, non dicit, non reſpondet, ut non reſpondet ille ſtatim qui dixit ſpondeo, ſi jocandi cauſa dixit, neque agi poteſt cum eo ex ſponſu. itaque quiſquis dicit in tragœdia. Meminiſtine te deſpondere mibi gnatam tuam? quod ſine ſponte ſua dixit, cum eo agi non poteſt ex ſponſu.* id eſt, non poteſt cum effectu agi: quia jam oppoſita doli mali exceptione fit: ut nihil interſit, utrum quis ab initio actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur *l.* 112. *D. de regulis juris.* Atque eo quoque ſenſu accipi debet Paulus *l.* 3. §. *ult. D. de obligationibus & actionibus.*

FINIS.

NOTITIA CAPITUM HUJUS OPERIS.

CAP. I. *Ita obtinuiſſe plurimarum gentium humaniorum, & in primis Græcarum, legibus ac moribus, ut parentum arbitrio permitteretur, utrum vellent tollere, an exponere, aut necare, infantes recens natos.* 568

II. *In urbe Roma non licuiſſe parentibus ex lege Romuli, ac XII. Tabularum, necare aut exponere infantes recens natos, inprimis maſculos, & ex ſequiore ſexu filias primogenitas, niſi illi infantes a vicinis quinque proximis judicati eſſent monſtroſi, debiles, aut inſignes ad deformitatem: ac ſi contra facerent parentes, conſtitutas lege pœnas fuiſſe. Sed inſecutorum temporum mores eam legem uſque adeo in poteſtatem ſuam redegiſſe, ut parentibus facerent jus, liberos recens natos, qualeſcumque eſſent, exponere, aut necare, ſine metu criminis, eoſque mores valuiſſe temporibus Juriſconſultorum quorum Fragmentis cenſetur Pandectarum corpus.* 568

III. *Eos mores non videri expunctos Senatuſconſulto Planciano, neque altero quod dicitur tempore Divi Hadriani factum, neque Reſcripto Divorum Fratrum, neque Edicto Prætoris, neque remedio quod majori trimo extra ordinem indulgetur.* 571.

IV. *Ea, & ſimilia, remedia fuiſſe civilia; & ad vindicandum crimen minime pertinuiſſe. Ipſa, nec alia, ſub Paganis Imperatoribus viguiſſe. Expoſiti præſertim Impp. Diocletianus & Maximianus l. 16. C. de nuptiis.* 572.

V. *Etiam ſub Chriſtianis Imperatoribus, & nominatim ſub Conſtantino, fuiſſe licitam impunitamque infantum expoſitionem.* 573

VI. *Primos infantum expoſitionem probibuiſſe Imperatores, Valentinianum, Valentem, & Gratianum l. 2. C. de infantibus expoſitis. Quæ ſit ea in lege* conſtituta animadverſio, *ab Accurſio, aliiſque doctis viris, fruſtra peti ex l. 1. §. 4. D. de agnoſcendis & alendis liberis, item l. 9. C. de patria poteſtate, & l. 4. D. de agnoſcendis & alendis liberis.* 575

VII. *In exponendis Veterum monumentis frequentiſſima Viris, etiam eruditiſſimis, eſſe argumenta a conſequentia: ſed fallaciſſima eſſe, & evitanda his qui ad laudem veræ eruditionis adſpirant, exemplis pulcherrimis demonſtratum: ſimul expedita quædam, atque eadem intricata, Juris Civilis capita.* 576

VIII. *Pauli l. 4. D. de agnoſcendis & alendis liberis novus & verus intellectus.* 579

IX. Conſtitutam animadverſionem *cujus mentio fit d. l. 2. C. de infantibus expoſitis, non aliunde petendam, quam ex l. 8. C. Ad legem Corneliam de ſicariis. Uterque locus diligenter & plene expoſitus, rejectis Jacobi Cujacii, Jacobi Rævardi, aliorumque, opinionibus.* 580

X. *De præceptis juris: & quo ſenſu Ulpianus l. 10. §. 1. D. de Juſtitia & Jure dixerit,* Juris præcepta hæc eſſe, honeſte vivere, alterum non lædere, ſuum cuique tribuere. Et *quomodo ea diſtinguantur a* legis virtute *quam Modeſtinus l. 7. D. de legibus ait eſſe,* Imperare, vetare, permittere, punire. 582

XI. *Aliquando evenire, miteſcentibus paulatim hominum ingeniis; ut quæ ante erant in præceptis, deinde ad Juris regulas tranſeant. Ejus rei exemplum perquam elegans eſſe in expoſitione, & nece, recens nati infantis: item in procuratione abortus. Quando cœperit crimen abortivi quod mulier ipſa ſibi faceret, puniri. Et an a conſtituta ei pœna recte fiat argumentum ad pœnam infantis expoſitioni, aut neci, poſitam? Non videri. Marcianus & Tryphoninus expoſiti l. 39. D. de pœnis, & l. 4. D. de extraordinariis criminibus. Aliud exemplum in fideicommiſſis. Aliud in teſtimonio familiæ emptoris & heredis. Item in beneficio ordinis quod fidejuſſoribus competit. Denique in ſtipulationibus & promiſſionibus jocandi animo factis. Notabilis differentia inter Prætoriam & Cenſoriam cognitionem. Varroni lux loco egregio & obſcuro.* 584

FINIS.

Digitized by Google

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

AMICA RESPONSIO

AD DIFFICULTATES

JULIO PAULO,

SIVE LIBRO DE PARTUS EXPOSITIONE ET NECE, NUPER MOTAS A VIRO AMPLISSIMO, CORNELIO VAN BYNKERSHOEK, JURISCONSULTO ET IN SUPREMA HOLLANDIÆ, ZELANDIÆ, ET WESTFRISIÆ CURIA SENATORE, OPUSCULO DE JURE OCCIDENDI, VENDENDI, ET EXPONENDI LIBEROS APUD ROMANOS.

Digitized by Google

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

AMICA RESPONSIO.

Quem mihi deſtinavi finem, animum appellens olim ad confectionem *Julii Pauli, ſive libri ſingularis de partus expoſitione & nece apud Veteres*, is finis fuit, inter alia neque inelegantia, neque ante pervulgata, in *l.* 4. *D. de agnoſcendis & alendis liberis* detegere mentem Julii Pauli, per aliquot ſecula a nobilibus ingeniis ſedulo inveſtigatam, verum a nullo, quantum memini, repertam aut demonſtratam. Erat vero pretium operæ, videri, cognoſci, intelligi rem inſignem: ad quam ſuo tempore, ac ſuo modo, intendit Julius Paulus; & alio in compoſitione Pandectarum Imperator Juſtinianus. Non enim idem utriuſque iter fuit: ſed quod ſuus oſtendet locus, diverſum. utrumque tamen ante obſtructum, omnium obſuit induſtriæ. a me deprehenſum neſcio quo fato, certe favente fortuna indefeſſæ diligentiæ, admodum juveni ſine cavillatione primum aperuit in *d. l.* 4. utriuſque ſenſum, diſcuſſis tenebris, eum tanto tempore abſcondentibus. Nec diſſimulo, mihi poſtea tam gratum, quam decorum, fuiſſe conſenſum hominum egregiorum ad quos devenit Opus meum. Quanquam tertium communicato cum erudito orbe, (ut raro idem ſapit omnibus) vidi, Ampliſſimum Virum, mihi in primis amicum, Cornelium Van Bynkershoek, Juriſconſultum Inclytum, & in Suprema Hollandiæ, Zelandiæ, & Weſtfriſiæ Curia Aſſeſſorem, edito *Opuſculo de jure occidendi, vendendi, & exponendi liberos apud Romanos*, nuper pleraque quæ mihi inciderunt *Julio Paulo*, ſollicitare omnia. Invidere alienæ libertati, numquam fuit moris mei. meæ vero me oblviſci, cum poſſit aliis prodeſſe, neque ratio velit, neque Dominus Van Bynkershoek. Erit igitur jus utrique, in re ſciri digniſſima, ſua quemque argumenta in medium pari libertate conferre; & quid plus minuſve ad veriſimile accedat, citra damnum affectus, aliis ad diſcernendum relinquere: unoquoque quod ipſe cogitaverit, ob naturalem ejus amorem, ſemper optimum ducente.

De cætero duplex nos occupabit cura: una eſt, quamdiu parentibus in Foro Romano fuerit permiſſum, liberos natos, antequam ſuſcepti, agniti, alique juſſi eſſent, pro arbitrio exponere aut necare. Altera eſt, quando abortus mulieris, medicamento ab illa ſponte ſumpto, in eodem Foro pro crimine haberi punirique cœperit.

Ut autem evitetur in diſputando confuſio, obſervari ſuadeam, quod & volui in *Præfatione Julii Pauli*, non verti: utrum fuerit ex decoro Populi Romani, fœdam atque impiam tolli conſuetudinem: ſed quo ea deſierit tempore. proinde, quod diſtat, non in jure, ſed in facto, conſiſtit; & ut expediatur, non dabo locum argumento a pio, juſto, honeſto; nec contra a turpi aut abſurdo: expertus, omnia illa, quando peræque recipit vita communis, privata hominum ſingulorum, & publica civitatum, ad facti demonſtrationem, tamquam fallacia, nihil valere. tantum petendam puto ejus probationem inde, unde per humanam conditionem haberi poteſt tutius: id eſt, a teſtibus & exemplis temporis rei geſtæ. eſtque idcirco hæc diſputandi forma ad quam ratio ducit, a me religioſe ſervata & hic, & ante in *Julio Paulo*. Eamdem formam poſtea etiam ſibi præſcripſit Dominus Van Bynkershoek *c.* III. *Opuſc. p.* 154. ſed præſcriptam neglexit penitus: ſemper uſus argumentis ac conſequentiis: numquam teſtibus aut exemplis temporis cujus uſum inveſtigamus. Quam habuerit cauſam variandi, neſcio. variaſſe, quiſquis in rem præſentem venerit, deprehendet ſtatim. proinde nec mirum, nos qui contrariam tenemus viam, non eodem exire.

Hiſce præmiſſis, nunc me moveo ad propoſitas quæſtiones. In priore fert mea opinio, fuiſſe parentibus apud Romanos, more aliarum Gentium, alioquin a cultura vitæ elegantioris non abhorrentium, permiſſum, liberos natos, ac nondum ſuſceptos, alique juſſos, pro arbitrio tollere, exponere, necare, Jure Pandectarum & Codicis, uſque ad Principatum Valentiniani, Valentis & Gratiani: quibus viſum, inveteratæ crudelitati extra ordinem capitali ſupplicio occurrere in *l.* 8. *C. Ad Legem Corneliam de ſicariis* & *l.* 2. *C. de infantibus expoſitis:* idque pro ſua ſagacitate unum eſſe ſubodoratum V. Cl. Juſtum Lipſium *Cent.* I. *Ad Belgas Epiſt.* 85. non ſine præfatione honoris indicavi *Julio Paulo c.* IX. Dixi tamen ibi quod res eſt, tantum ſubodoratum. Nunc fas ſit addere, non vituperandum ideo fuiſſe ab Ampliſſimo Senatore *Opuſc. c.* VII. *pag.* 196. *& ſeq.* quaſi inepte affectantem in Jure quod non intelligebat. contra eſſe laudandum puto ſtudium conati, Juriſprudentiam nova conjectura ut non ex ſolido, at pro copia, adjuvare. Ego interim nec caruiſſe ornamento Juris ſcientiæ elegantioris, multis rebus intellexi. In præſentia autem æque ac

d. c. IX.

d. c. IX. grato adgnoſco animo, ejus beneficio me quod ante nemo vidit, nec ipſe adhuc expedit Dominus Van Bynkershoek, in elara luce poſuiſſe. Ac bonum factum Antonii Schultingii, Viri Præſtabilis, Cognati, Collegæ, & Amici mei, *Notis* ad Paulum *lib.* 2. *Sentent. tit.* 24. *pag.* 315. & *lib.* 5. *tit.* 1. *pag.* 431. in hiſce & Lipſio, & mihi, ſua ſuffragatione non ita pridem applaudentis.

Quod tamen viſum mihi, non placet Bynkershoekio in *Præfatione ad Lectorem* & in *Opuſculo c.* VII. & IX. exiſtimanti, non fuiſſe patri uſque ad Principatum Valentiniani, Valentis, & Gratiani, conceſſam infantum expoſitionem necemque, ſed eam diu ante fuiſſe abolitam jam a tempore Trajani, Hadriani, & Antonini Pii: inde adempto illi in liberos, ſine ætatis diſcrimine, jure vitæ & necis, ac poſita, ſi contra faceret, extra ordinem pœna mortis vel minore pro re nata.

Sed aut fallit me animus meus, aut quod egi *Julio Paulo*, ita vero admovetur: ut vix alia probatione indigeat: conſentiente in primis Viro Ampliſſimo in *d. Præfatione* & *d. c.* IX. & X. infantum expoſitionem parentibus fuiſſe indultam uſque ad Principatum Trajani, Hadriani & Antonini Pii. Nam ſi tamdiu liberam a crimine & pœna fuiſſe confitetur; nec probat, (quod nuſquam fecit: negare enim quod ſolum facit, non eſt probare; ne artis quidem eſt aut doctrinæ) ſi, nuſquam, non oſtendit, deinde vetitam ac coërcitam fuiſſe expoſitionem: quid eſt verius, quam ad Valentinianum, Valentem, & Gratianum, ſine crimine & pœna perſeveraſſe, medio tempore non mutatam?

Poſſet ſic perorata videri cauſa: ſed cogitanti, ſerio componere motos fluctus, lubet obiter & quaſi per indicem, in memoriam revocare *c.* II. & IV. *Julii Pauli* explicita a me, poſtrema præſertim Operis editione, teſtimonia Veterum, iſtos Fori Romani mores ſub Trajano & deinceps ſine circuitu aſſerentium. Sic agam: partes primas daturus Chriſtianis; inſequentes Gentilibus. Eſt autem celebris apud Chriſtianos Juſtini Martyris Apologia ſecunda, pro Chriſtianis ſcripta ad Antoninum Pium, ejuſque filios, Veriſſimum qui eſt Marcus Antoninus, & Lucium Verum, itemque ad Senatum, & Populum Romanum. In hac Apologia vir ille ſapiens, Chriſtianos defenſurus adverſus Gentilium calumniam de infanticidio & convivio inceſto, non timuit *pag.* 70. *editionis Pariſienſis apud Morellum anni* 1636, facta utriuſque ſectæ comparatione, confirmare, inter alios Populi Romani mores, a Chriſtianis habitos pro improbis, eſſe infantum expoſitionem ac necem: ſed hanc cum cæteris jure publico a Gentilibus licitam atque impunitam relinqui. Evidens eſſe hoc Juſtini Matyris teſtimonium, nemo neget, inſpectis loci verbis. quin ſincerum ſit, ego cur dubitem? tu quoque non petas melius. quo tamen cumulatior ſit ejus auctoritas, addam, quod idem ſimili conſilio teſtatus ſub Severo & Antonino Caracalla eſt Minucius Felix *Octavio c.* 30. & 31. tum ſub iiſdem Principibus Tertullianus *lib.* 1. *Ad nationes c.* 15. & *in Apologetico c.* 9. etiam ſub Conſtantino Lactantius *lib.* 6. *Divin. inſtit c.* 20. & *in Epitome c.* 6. & quidem omnes tam diſerte ac perſpicue, ut nemini, niſi cui libido ſit de omnibus, vel certiſſimis, ambigere, poſt ſe relinquant dubitationem. Nihil jacto: loquor ſimpliciter: & eſſe vera quæ dixi, rebus comperiet neceſſariis, quiſquis mentis ſuæ oculos a me *Julio Paulo* ſcriptis ad illorum intellectum, curioſius adjecerit.

Aliquem deterreat contraria ſententia Ampliſſimi Bynkershoekii *Opuſculi c.* X, omnium fidem Chriſtianorum pro vana aut mendace una litura expungentis. Sed me ſolatur, quod non conſtat ſibi. nam meditantem aliorum ſcripta arguere, ante ſollicite inquirere, & pro certo noſſe oportet, an & qua cauſa quid rejicere & velit & debeat. ſecurum vero talis diligentiæ fuiſſe Virum Ampliſſimum, mihi indicio ſunt ejus verba, *d. c.* X. palam fluetuantia *pag.* 225. & 226. primum enim accuſat Chriſtianos Scriptores erroris, etiam mendacii: quod dicant, infantum expoſitionem ſua ætate apud Gentiles fuiſſe licitam; eum, ejus opinione, eſſet deteſtabilis. mox deinde pro vero obtinet contrarium, Nullum Chriſtianorum dixiſſe, patres ſua ætate adblandientes ſibi puerulos jure licito aut eliſiſſe aut expoſuiſſe: ſed ejus ſceleris immanitatem & frequentiam narrare primum, deinde damnare, & præterea nihil. Objieit ergo Chriſtianis meis duo, ipſa pugnantia uſque adeo; ut uno veſtigio ſimul nequeant inſiſtere. Hanc porro inconſtantiam a veri intelligentia proficiſci, non credam ego: ac ſi contrarium malit Vir Ampliſſimus; nemini id perſuaſurum confido: nec magis extorturum cuiquam, ullo jure ſe erroris aut mendacii damnare quos an aut cur eo damnet nomine, ipſe neſciat. Sed profecto ne famæ Chriſtianorum noceat iſta Viri Ampliſſimi accuſatio duplex; primum in mora eſt ejus ignorantia tam manifeſta vacillatione intellecta. deinde, quod neutra ex vero colorem ducit. alteram enim vincit Chriſtianorum conſenſus de licita eorum tempore infantum expoſitione ac nece; eo validius, quod contraria ejus juris negatio, eſt ſingularis Viri Ampliſſimi, tum hujus temporis, & incerta plane. Chriſtianorum vero aſſertio eſt multorum, præterea vetus, unanimis, conſtans, etiam Gentilium ſuffragio ſuffulta: ut in loco apparebit. altera omni caret probatione ad demonſtrationem vanitatis aut mendacii Chriſtianis objecti, neceſſaria. Sane pro tali apud me non cedat prima hæc ejus proclamatio, *Veteres Chriſtianos ſæpe de bona fide parum ſollicitos, Gentilibus adverſariis ſuis plurima exprobraſſe, atque ſi pro licitis haberent*

quæ

quæ ipſi eorumque leges palam deteſtabantur. Sic cenſeo: nec opus quæri cauſam, ultro liquidam: ea cauſa eſt, proteſtatio ab hac lite toto cœlo remota. Nec major eſt vis ſecundæ: *Plus ſemel illos Patres inſurgere in ſeculi vitia, in mores corruptos, in fæcem populi, in turbam ſine nomine, quæ tantum non legibus ſoluta vivit*. Ne video quidem, qua cauſa, quo fine, quo ſenſu, his eodem ſubjungat ſpiritu: *Quæ omnia non recte detorqueri ad viros bonos & utiles reipublicæ cives qui legibus vivebant & magiſtratibus parebant*. Idem dicam de adjectione tertia. *Poſſum ſexcenta hujuſmodi proferre quæ niſi dicerent Venerandi Patres, ego convicia de plauſtro dicerem*. Sunt enim verba & nuda & privata Viri Ampliſſimi: eoque aliis non præjudicantia. Poſtremo leniturus orationem, nec ſic conjectat aut certius, aut ad rem accommodatius: *Etiam Chriſtianos Gentilibus promiſcue objicere vulgi flagitia, ignaros legibus eſſe vetita: meliores videlicet Theologos, quam Juriſconſultos. quin forte exiſtimaſſe, licita, quod vitia in mores migraverunt, & inter leges creverat delictorum frequentia*. Igitur quantum ad Scriptores Chriſtianos attinet: nil habent metuere a cenſura Viri Ampliſſimi, plena erroris, & ipſa ſe deſtruente, tum ſingulari, poſtremo vaga, & hanc litem nulla ex parte attingente. Ego vero præter hæc optem, exercitam non fuiſſe ab Amico Honorato: judicaturis quibus ſtudium ſit, ſe æquos præbere omnibus, (quod omnes bonos facere decet) non convenire ejus comitati, prudentiæ, dignitati, Scriptores Veteres, ingenii ſolertia nominis claritatem per tot ſecula retinentes apud viros doctos & laudatos, tam adſpernanter habere; eoque rumpere, non ſolvere, nodum ſibi incommodum.

Ita liceret mihi adquieſcere hactenus pro Chriſtiana ſinceritate dictis. ſed permittes mihi, ea haberi tantum quaſi præambula defenſionis quam paro; & de univerſis quæ ad eam ſpectant, nunc ire in conſilium, quam potero, exactiſſime, ſequeſtrato pauliſper iſto Chriſtianorum contemptu. Unde datur nobis hodie cognoſcere, & finire litem de tempore antiquati ante multa ſecula moris necandi exponendique infantes; præterquam ex memoria eorum quibus re integra opportunum erat, ſcire quod nunc aliunde non apparet? id divinare (præter hoc enim nihil reſtat) verius aptiuſve ratiocinatione, quam illis licuerit fide oculorum, & uſu præſentis temporis intelligere, quo modo, ſi ſapimus, ſperet alter noſtrum? Inſuper volo interrogare, quanta Juris ſcientia fuerit opus ſignificaturis, an ipſorum ævo parentibus eſſet permiſſum, infantes tantum quod natos, pro arbitrio tollere, exponere, necare? Conferamus, niſi grave eſt, noſtra tempora cum illis vetuſtis: quiſquamne hodie, utrum jure conceſſum, an vetitum, ſit parentibus exponere aut necare infantes, laborat uſquam ſanus homo? quiſquamne, ut ſciat, quid ſe facere ea in re oporteat, ullius umquam adit Juriſconſulti domum? Cur aliud fuerit olim? nam & tum erat cunctis notum, quid liceret: a nullo ignorabatur nato homine: atque ut ad conſtringendam ſingulorum vitam pertinebat, debebat ab omnibus intelligi: legibus ſolitis, ne ab ullo peccetur, in commune ſcribi omnibus, tam ſummis, quam infimis *l.* 1. *l.* 8. *D. l.* 3. *l.* 9. *C. de legibus:* ſicut putant, omnes, oblata occaſione, peræque eſſe improbos. Solos vero quod ſciebant, quod videbant, quod loquebantur omnes, ne comœdiæ quidem reticebant, qua fronte credimus, latuiſſe Chriſtianis: ut ut eſſent ſecundum Ampliſſimum Senatorem meliores Theologi, quam Juriſconſulti?

Sed ut perfectius adhuc ſervetur Chriſtianorum decus, diſtinctiuſque reſpondeatur caſtigationibus quibus in repellendis eorum teſtimoniis magna fiducia uſus eſt Vir Clariſſimus: non tædet me, ulterius oſtendere, ne fuiſſe quidem illos homines ineptos, rudes, illiteratos: ſed doctos, & peritos rerum, etiam civilium. primum an eſt dubia hæc Tertulliani gloria? atqui ex ejus monumentis plurima valuiſſe eruditione, legum quoque ac conſuetudinum fuiſſe ſcientem, liquet omnibus: nec inficiatur Dominus Van Bynkershoek *Opuſc. c.* x. *pag.* 226. Quid ſi probabile eſt præterea, Lactantium, illum ſub Conſtantino Rhetorem, non minus gnarum Juris Civilis fuiſſe, quam facundum & literis præſtantem? utrumque ex *Divinis* ejus *Inſtitutionibus* conſtat. præterquam quod neceſſariam Oratori eſſe Juris Civilis notitiam, ignorari non ſinit Quintilianus *lib.* 12. *Inſt. orat. c.* 3. Jam Minucium Felicem quo ſimiliter uſus ſum teſte, (&, quod notandum, de viſu: nam de ſe hoc ipſe refert *Octavio c.* 30.) tam Romæ cauſas egiſſe in jure, quam multiplice doctrina & eloquentia excelluiſſe, ex *d. Opere* patet. quin fuiſſe non ignobilis in Foro inter cauſidicos loci, bonus auctor eſt Lactantius *lib.* 5. *Divin. inſt. c.* 1. Atque hæc ſi ſunt, ut negari nequit, explorata: judicet, quiſquis volet; ullane ſit Ampliſſimo Senatori cauſa, vel minima, male exiſtimandi de ingeniis Chriſtianorum Scriptorum, eorumque teſtimonia ſpecie ignorantiæ Juris, pro vilibus rejiciendi in re manifeſta omnibus, etiam infimis.

At fuerunt parum ſolliciti de fide bona: quin plurima ſæpe dederunt fallaciis, fraudibus, ac conviciis, vel plauſtro dignis: Gentiles, adverſarios ſuos, facturi odioſos. Audio. Verum convincendi ſunt ejus nequitiæ. accuſari enim poſſunt optimi. id quotidie fit: & in priore claret articulo. præterea notari oportet, eſſe hic, hic inquam, alia enim, binc aliena, prætermitto, controverſiam de re una, ea non unius aut alterius errore, aut fictione, quali quali aliquando producta abdito ex receſſu aliquo: ſed unicuique omni

occaſione, loco, tempore, obvia: eoque ſummis, mediis, infimis, peræque indubitata. In ea an potuit, niſi ſtultis, quales illos nemo appellet ſapiens atque intelligens, apud Philoſophos (nam cum his contendebant de integritate & excellentia ſectæ) incaſſum obrepere cogitatio tam humilis & inverecunda, quam temeraria, ac nihil profutura? Adhuc de privata Octavii, verbi gratia, cum Cæcilio Natali diſputatione eximia apud Minucium Felicem loquor. Quid, ſi pro diſciplina Chriſtiana Tertullianus verba fecit apud Magiſtratus Populi Romani, de ipſa ſolitos, ut initio *Apologetici* ait, pro tribunali judicare? quid ſi ad Principem, Senatum, & Populum Romanum *Apologiam ſecundam* pro Chriſtianis ſcripſit Juſtinus Martyr? vel hic debuit parci mendaciis manifeſtis, tam certa veneratione majeſtatis.

Sit iſta præſumptio, & ſpecioſa admodum, nondum intellecta veritate: at detecta, & cognita, quid facit præſumptio? eſt autem unus, ut de cæteris ſileatur, Minucius Felix, imperitiæ, aut improbitatis, aut utriuſque manifeſtus: viſus nempe Domino Van Bynkershoek *Opuſc. c.* x. *pag.* 225, multa protervia Gentilibus publicam exprobrare indulgentiam, nedum expoſitionis infantum qua de agimus; ſed quo evidentior fit fallacia, etiam aliorum criminum. Quorum? Homicidii atque Adulterii. plura vult intelligi. hæc nominat: indignatus, ea fraude illum ſuos Chriſtianos in *Octavio* ab his ita vindicare: *Nobis homicidium nec fas videre, nec audire.* Et mox: *At nos pudorem non facie, ſed mente præſtamus, unius matrimonii vinculo lubenter inhærentes.* Quæ appoſuit verba, excerpſit ex *c.* 30. *&* 31: atque ipſa mox exploſit quaſi falſa. Quo argumento? optimo hoc & certo; (ſic putat) quod *contra homicidium præſto eſt Lex Cornelia*; & *contra adulterium Lex Julia.* At mihi proclive eſt, exiſtimare, quod pro falſo protervoque culpat & damnat Bynkershoekius, ipſi Minucio Felici numquam veniſſe in mentem. nec cerno quidem, quemadmodum permiſerit ſibi Doctiſſimus Senator, arbitrari, tam ſocordem atque inſulſum fuiſſe illum conſultum, doctum, ac nobilem Fori Romani Cauſidicum: ut aut neſciret latrocinio iraſci Legem Corneliam; & adverſus adulterium inſurgere Legem Juliam: aut ſe adverſariis ſuis, minime ſtultis aut hebetibus, perſuaſurum, non eſſe Leges quas noverant omnes, & in judiciis publicis quotidie exerceri videbant omnes. Sunt hæc nimis diluta. Ipſe melius ominor, a Minucio Felice de homicidio & adulterio dicta a mendacio, fallacia, proterviaque, tota via abeſſe: accepta præſertim, ſic oportet, ex diſciplina Veterum Chriſtianorum: cujus præceptis ille ſuſtinuit ſuorum innocentiam tueri, & Gentilium calumniam de infanticidio & convivio inceſto, mendacii convincere. Id oſtendi res poſtulat: & ſi probem, quod facturum me confido, vicero.

De homicidio primum agam: arbitratus, Minucio Felici *d. c.* 30, cum ait, *Nobis*, id eſt, Chriſtianis, *non eſſe fas, homicidium videre, nec audire*, in oculis non fuiſſe latrocinium, Lege Cornelia vetitum: quod credidit Bynkershoekius: ſed alias homicidii ſpecies, Chriſtiana quidem lenitate improbatas, at publice licitas. finge, homicidia, voluptatis gratia fieri ſolita in arena, in Amphitheatro, in ſpectaculis publicis, ſive feris beſtiis, ſive invicem ſibi objicerentur gladiatores noxii, aut alii, arenæ ſe locantes. In eodem numero pone cædem voluntariam, nuſquam prohibitam jure publico; ſi fiat tædio vitæ, non mala conſcientia: etiam accuſationem criminis capitalis, quantumvis legibus permiſſam in judicio publico: tum militiam; & quod ante omnia notandum fuit, illam de qua diſputamus infantum expoſitionem ac necem. Omnia hæc erant publice conceſſa: ſola Chriſtianorum ſecta impia & damnata. Abſit igitur, ut poſſint aut debeant Domino Van Bynkershoek mendacia videri, & convicia de plauſtro appellari. Subrides, video. ſed quod ad ſpectacula attinet: ejus auctorem habeo Athenagoram *Apolog. pro Chriſtianis pag.* 38. *editionis Pariſienſis apud Morellum:* etiam Prudentium *lib.* 1. *Adverſus Symmachum verſ.* 379. *&* *ſeqq.* item *lib.* 2. *ad fin.* atque optantem id mutari a Chriſtiano Principe. Pauca dixi. idem, & cætera omnia, ne excepta quidem infantum expoſitione ac nece, teſtatur Lactantius in *Epitome c.* 6. & *lib.* 6. *Divin. inſt. c.* 20. Verba utriuſque loci adſcribam, etſi complura: quia a ſtirpe tollunt litem, a Viro Ampliſſimo motam. Verba prioris loci. *Quid tam horribile, tam tetrum, quam hominis trucidatio? ideo ſeveriſſimis legibus vita noſtra multatur: ideo bella execrabilia ſunt. inventa tamen conſuetudo, quatenus homicidium ſine bello, ac ſine legibus faciant, & hoc ut ſcelus vindicent. quod ſi intereſſe homicidio, ſceleris conſcientia eſt, & eodem facinore ſpectator obſtrictus eſt, quo & admiſſor. ergo & his gladiatorum ſceleribus non minus truore perfunditur qui ſpectat, quam ille qui facit: nec poteſt eſſe immunis a ſanguine qui voluit effundi; aut videri non interfeciſſe qui interfectori & favet & præmium poſtulavit.* Et poſt: *Vetus præceptum eſt, non occidere. quod ſic accipi debet, non tamquam jubeamur ab homicidio tantum, quod etiam legibus publicis jubetur, manus abſtinere, ſed nec juſſione interpoſita, nec verbo licet periculum inferre, nec infantem necare aut exponere, nec ſe ipſum voluntaria morte damnare.* Verba prioris loci cernis: ipſa ad demonſtranda quæ exſpectas, liquida. Sequentia ſunt poſterioris, & aliquanto pleniora. *Qui hominem, quamvis ob merita damnatum, in conſpectu ſuo jugulari pro voluptate computat, conſcientiam ſuam polluit, tam ſcilicet, quam ſi homicidii quod fit occulte,*

ſpec-

Digitized by Google

ſpectator & particeps fiat. Hos tamen ludos vocant, in quibus humauus ſauguis effunditur. Adeo longe ab hominibus ſeceſſit humanitas, ut cum auimas hominum interficiant, ludere ſe opinentur, nocentiores iis omnibus quorum ſanguinem voluptati habent. Quæro nunc, an poſſint pii & juſti homines eſſe, qui conſtitutos ſub ictu mortis, ac miſericordiam deprecantes, nou tantum patiuntur occidi, ſed efflagitant, feruntque ad morsem crudelia ſuffragia, nec vulneribus ſatiati, nec cruore contenti. quiu etiam percuſſos jacenteſque repeti jubent, & cadavera ictibus diſſipari, ne quis illos ſimulata morte deludat. iraſcuntur etiam pugnantibus, niſi celeriter e duobus alter occiſus eſt, & tamquam humauum ſanguinem ſitiant, oderunt moras. Alios illis compares dari poſcunt recentiores, ut quam primum oculos ſuos ſatient. Hac conſuetudine imbuti, humauitatem perdiderunt. Itaque nou parcunt etiam innocentibus, ſed exercent in omnes, quod iu malorum trucidatione didicerunt. Hujus igitur publici homicidii ſocios & participes eſſe nou couvenit eos qui juſtitiæ viam tenere nituntur. Nou enim cum occidere Deus vetat, laſrocinari nos tantum prohibet, quod ne per leges quidem publicas licet: ſed ea quoque ne fiant, monet, quæ apud homines pro licitis habentur. ita neque militare juſto licebit, cujus militia eſt in ipſa juſtitia: neque vero accuſare quemquam crimine capitali, quia nihil diſtat, utrumne ferro, an verbo potius occidas, quoniam occiſio ipſa prohibetur. Itaque in hoc Dei præcepto nullam prorſus exceptionem fieri oportet, quin occidere hominem ſit ſemper nefas, quem Deus ſanctum animal eſſe voluit. Ergo ne illud quidem concedi aliquis exiſtimet, ut recentes natos liceat oblidere quæ vel maxima eſt impietas. ad vitam euim Deus iuſpirat animas, non ad mortem. Verum homines, ne quod ſit facinus, quo manus ſuas non polluant, rudibus adhuc & ſimplicibus animis abnegat lucem non a ſe datam. Expectet vero aliquis, ut alieno ſanguini parcant, qui non parcunt ſuo. ſed hi ſine ulla controverſia ſcelerati, & injuſti. quid illi quos falſa pietas cogit exponere? Non poſſunt innocentes exiſtimari qui viſcera ſua in prædam canibus objiciunt, & quantum in ipſis eſt, crudelius necant, quam ſi ſtrangulaſſent. Quis dubiset, quin impius ſit qui alienæ miſericordiæ locum nou tribuit? qui etiamſi contingat ei, ut alatur, addixit certe ſanguinem ſuum vel ad ſervitutem vel ad lupanar. Quæ autem poſſint vel ſoleant accidere in utroque ſexu vel per errorem, quis non intelligit, quis ignorat? quod vel uuius Oedipodis declarat exemplum, duplici ſcelere couſuſum. Tam igitur nefarium eſt exponere, quam necare. Lactantius inter cætera quæ nobis ſunt in quæſtione, ſine ſcrupulo probat, etiam infantum expoſitionem & necem apud Gentiles quidem ſuo tempore jure publico fuiſſe permiſſam: at a Chriſtianis tamquam impiam fuiſſe damnatam: ſimul, Minucii Felicis verba, *Nobis homicidium nec fas videre, nec audire,* a convicio, fallacia, & protervia, id eſt, ab objurgatione Domini Van Bynkershoek eſſe liberam.

Similis ſit ſolutio ænigmatis de impunitate adulterii, a Minucio Felice Gentilibus falſo proterveque objici credita a Viro Ampliſſimo. Nam ne hanc quidem ſomniavit Minucius. contra, cum dixit objecto loco, *At nos Pudorem non facie, ſed mente præſtamus, unius matrimonii vinculo lubenter inhærentes,* ſolum voluit, Lege Julia de adulteriis & ſtupris coërcendis ad complura conniveri adulterii & ſtupri genera: a quibus, etſi licitis ea Lege, Chriſtiana diſciplina ſuos abſtrahit, tamquam a vetitis: nam jubere, ſuos unius matrimonii vinculo (id eſt, una uxore: *matrimonium* enim pro uxore dicit; ut ſæpe Veteres) eſſe contentos: nec ſequi alias, non dicam matronas aut virgines viduaſve honeſtas a quibus abſtineri, etiam Lex Julia imperat: ſed nec ancillas aliaſve mulieres liberas, viles, vulgares meretrices cum quibus Lex Julia adulterium ſtuprumve admitti neque vetat, neque admiſſum pro adulterio aut ſtupro punit. certa hæc ex *l. 22. l. 25. l. 29. C. Ad Leg. Jul. de adult.* nec incognita Ovidio *lib. 1. De arte amandi verſ. 31. & ſeqq.* Verba.

Eſte procul vittæ tenues, inſigne pudoris,
Quæque tegis medios iuſtita longa pedes.
Nos Venerem tutam conceſſaque furta canemus.

Tenes ſic laxitatem publicæ Gentilium diſciplinæ. quæris rigorem Chriſtianæ, ab illa abhorrentis ex ſententia Minucii Felicis. Accipe ab Hieronymo. is *Epiſtola ad Oceanum pag. 200. edit Baſil. anni 1524. tom. 1.* ſic ſcribit: *Aliæ ſunt leges Cæſarum, aliæ Chriſti. aliud Papinianus, aliud Paulus noſter præcipit. apud illos viris impudicitiæ frena laxantur, & ſolo ſtupro atque adulterio damnato, paſſim per lupanaria & ancillulas libido permittitur; quaſi culpam dignitas faciat, non voluntas: apud nos quod non licet feminis, æque nou licet viris; & eadem ſervitus pari conditione cenſetur.* Sic Hieronymus. nec minus Lactantius *lib. 6. Divin. inſtit. c. 20.* & in *Epitome c. 6.* ſed locus prior ſufficiet. is ſic habet. *Nondum omnia caſtitatis officia executus ſum, quam nou modo Deus intra privatos parietes, ſed etiam præſcripto lectuli terminat; ut cum quis habeat uxorem, neque liberam habere iuſuper velit, ſed matrimonio fidem ſervet. Non enim ſicut juris publici ratio eſt, ſola mulier adultera eſt, quæ habet alium: maritus autem, etiam ſi plures habeat, a crimine adulterii ſolutus eſt: ſed divina lex ita duos iu matrimonium, quod eſt in corpus unum, pari jure coujungit, ut adulter habeatur, quiſquis compagem corporis in diverſa diſtraxerit.* Sed quid ego ex Lactantio & Hieronymo ſector Minucii Felicis ſenſum? cum in *Octavio c. 35.* hæc comperiam ejus verba: *Si vobiſcum Chriſtiani comparemur, quamvis in nonnullis diſciplina noſtra minor eſt, multo tamen vobis meliores deprehendemur. Vos enim adulteria prohibetis & facitis: nos uxoribus tantum viri naſcimur.*

Senſus Minucii Felicis: Licet ex Chriſtianis nonnullos, ſive aliquos, non omnino, ut oportet, in officio teneat Chriſtiana diſciplina; eoque forte in his ſit minor, ſive poſſit minus efficax videri: multo tamen vobiſcum comparati, o Gentiles, vobis, id eſt, veſtra ſecta melior deprehendetur noſtra. Vos enim adulteria prohibetis Lege Julia: & tamen hac permittente facitis manifeſte cum ancillis videlicet, etiam cum mulieribus liberis, vilibus & vulgaribus, id eſt, meretricibus. At nos uxoribus tantum viri naſcimur: volente ſecta, nos una eſſe contentos uxore, nec ſectari aut ancillas, aut meretrices alias, etſi impune, & connivente Lege Julia.

Sed finiamus: nam aſſerta ſic, adverſus ſingularem obſervationem Domini Van Bynkershoek, integritate & exiſtimatione Minucii Felicis, cæterorumque Chriſtianorum Scriptorum, pleniſſime conſtat ratio omnibus quæ de infantum expoſitione & nece dixi eorum fide: liceretque mihi ulteriore ſuperſedere cura: niſi promiſiſſem, etiam Gentilium uti teſtimoniis, quod ex Chriſtianis dictum, publici juris fuiſſe, æque clare ſignificantibus. Age igitur, pareamus vel hujus debiti ſolutioni. Res extat apud Plautum & Terentium locis, paulo poſt allegandis. Nec cauſa Domino Van Bynkershoek ſic ſcribendi in *Opuſc. c.* VII. *pag.* 193. *Non ut in comœdiis, ita in jure quo de agimus, patris electio eſt, velletne tollere liberos, an occidere.* Unde enim Comicis materia, niſi ex moribus Populi? nonne illis finis, *Humanos mores noſſe & deſcribere?* Sic obſervat Hieronymus *Epiſt. ad Furiam de viduitate ſervanda pag.* 82. Prætera ſolent Juris Interpretes res facti æque a Comicis atque ab aliis mutuari. Fuerit, quod ajunt, vetuſtis temporibus. at recentiora quærit Dominus Van Bynkershoek. Primo quis neſcit, poſteriora pendere a prioribus, niſi fuerint innovata? Deinde mutatio, ut eſt facti, probari debet. nuda Viri Clariſſimi affirmatio, ut ut contraria, & fortis, nullius roboris eſt. Ipſe tamen, quamquam non habeo neceſſe, dicam ſponte, etiam ſub Auguſto & Tiberio perduraſſe exponendi jus vetus: monſtrante Suetonio *Octavio c.* 65. & *Caligula c.* 5. Audebo opinari, etiam poſtea obtinuiſſe: modo fuerit ante imperium Trajani, Hadriani & Antonini Pii: ſic enim cavet Dominus Van Bynkershoek *d. c.* X. cauſatus, inde ademptum patri nullo ætatis diſcrimine eſſe in liberos jus vitæ & necis. Sed Ælius Spartianus Suetonii Tranquilli, Magiſtri Libellorum, meminit ſub Hadriano in *ejus vita c.* 11. Eamdem cautionem ſub Trajano prævenit Tacitus locis ad hanc rem a me accommodatis *Julio Paulo c.* 11. addita ibi pro cumulo obſervatione Quinti Curtii tenoris & conſilii ejuſdem. Conatus quidem Dominus Van Bynkershoek, infringere Taciti auctoritatem: ſed prudentius non tentaſſet: circa ejus ætatem, ubi pedem figat, incertus. Nam *d. c.* X. *pag.* 230. modo dicit, *Taciti ætatem fere remotiorem eſſe, quam ut conveniat noſtræ diſputationi:* modo ait, *Nolo tamen, quod ad Taciti ætatem attinet, de ea uſque quaque contendere.* Quamobrem ſic nutet, non animadverto: minuſque, quo pacto in animum induxerit, me vel hic refellere: confeſſus, ſe id quo me refellat, ignorare. quo enim hoc pertendit? niſi quod conſtituit, a me diſſentire ideo, quia conſtituit diſſentire: etſi non habeat diſſentiendi cauſam. quod an oportuerit fieri, judicent alii, quos non piget modeſtiæ & ſinceritatis. Æque non intelligo cauſam qua non perviderit ætatem Taciti: cum Trajani Principatum ipſe attingat Tacitus *lib.* I. *Hiſtor. c.* 1. *Agricol. c.* 3. *& De ſitu & morib. German. c.* 37. Cæterum non fui contentus allegaſſe Tacitum ſub Trajano: etiam Apulejum adduxi teſtem, non minus certum, & ſub Divis Fratribus Juris ſcientia non incurioſum: ut ex libris *Metamorphoſeos*, tum ex præclara ejus *Apologia* conſtat. Potuiſſent hæc ſufficere: ſed amor veri *c.* IV. *Julii Pauli* vetuit me oblivisci Scævolæ *l.* 29. *D. de manumiſſ. teſtam.*, item Diocletiani & Maximiani *l.* 16. *C. de nuptiis*, & diſſimulare duo ex jure exempla impunitæ illo tempore expoſitionis infantum. Obmovet quidem Vir Clariſſimus, non fuiſſe illis in locis quæſitum de pœna exponentis filiam; & ideo de ea quoque ceſſare reſponſum; neque faciendum nunc inde argumentum. Sed ea ſolutio nil meretur reponi: nam (ut taceam de *d. l.* 29. & ſolum loquar de *d. l.* 16.) ſi tum coërcita corporali pœna, atque etiam morte, fuit expoſitionis impietas, ut putat Doctiſſimus Senator: quæſo, an quis pater, expoſita a ſe filia, & ab alio educata, foret tam demens aut temerarius; ut ipſe ſe vellet perdere: ejus repetitione ſe proditurus Præſidi, Principalibus Mandatis obſtricto, provinciam purgare malis hominibus *l.* 13. *l.* 3. *D. de officio præſidis.* Quod ſi adeo imprudens aut inſanus alicui videri poſſit filiæ pater: (ſunt enim variæ & miræ hominum ſententiæ) an proinde dicturi ſint Imperatores, illum filiæ expoſitione, id eſt, ſuo ſcelere, mortem meritum, adultam quidem inverecunde repetere, at a jure interim nihil facere alienum: modo ſit paratus, alimentorum impenſas educatori reſtituere: & ſic moris eſſe. Tam abſurdos in Reſcripto fuiſſe Imperatores, ſi ſerio ſibi perſuadet Vir Clariſſimus, non invideo: ſed a me aliiſque ut ſerio credatur, impetrabit numquam. Veriſimilius eſt mihi, erit forte & aliis, Imperatores, quatenus attinet ad infantis expoſitionem, & adultæ repetitionem, oblata alimentorum reſtitutione, ita ut moris eſſe *d. c.* IV. *Julii Pauli* probavi ex Quintiliani *lib.* 7. *Inſt. Orat. c.* 1. rem illo ævo licitam atque impunitam indigitare.

Quod ſi his ſua, ut oportet, adeſt auctori-

tas;

Digitized by Google

tas: cedo, qua ratione ſibi perſuadeat Vir Ampliſſimus, Veteres de infantum expoſitione diſſerentes, non enarrare jus, conceſſum omnibus; ſed privata flagitia publice vetita & puniri ſolita: maxime poſt Trajanum, Hadrianum, & Antoninum Pium. Scio, præfatur, inde mutatam eſſe priorum temporum licentiam, ſed hujus aſſeverationis nullum dat ſponſorem: ita docet quod non probat. ego vero ſine eo non credo: quam enim ſic habeo cauſam, Veterum ſermonem qui poſt illos Principes literis floruerunt, in alium trahere ſenſum, quam eorum qui ante de infantum expoſitione ſcripſerunt, ſermo accipi & ſolet & debet? plane nullam. Sunt hæc evidentia, ut cætera omnia: ſed collatis exemplis fient evidentiora. En apud Plautum *Amphytr.* 1. 3. Jupiter ſub ſpecie Amphytruonis Alcumenam ſic alloquitur.

— — — Menſes jam tibi eſſe actos vides.
Mihi neceſſe eſt ire hinc: verum quod erit natum, tollito.

Similiter ait Davus apud Terentium *Andria* 1. 3. 14.

Quidquid peperiſſet, decreverunt tollere.

Aliquiſne hæc legens, ambigat, utrum repræſentetur flagitium hominum viliſſimorum, legibus aut moribus puniri ſolitum: an jus conceſſum omnibus tam ſummis, quam infimis; eoque criminis pœnæque vacuum? Æque credes mihi, ejuſdem tenoris eſſe hoc Suetonii *Octavio c.* 65. de Auguſto ſic loquentis: *Ex nepte Julia poſt damnationem editum infantem agnoſci alique vetuit.* Quæſo, ne graveris, etiam ſequentem ex *Caligula c.* 5. locum exaudiri, non quaſi deſignet, a turba vili & ſine nomine quid flagitioſe factum: ſed paſſim a populo in luctu jure licito. *Quo defunctus eſt die, lapidata ſunt templa, ſubverſæ Deum aræ, Lares a quibuſdam familiares in publicum abjecti, partus conjugum expoſiti.* At nec hic reſiſtet Dominus Van Bynkershoek: recordatus præſertim, ſe eſſe aliquoties confeſſum, ante Trajanum, Hadrianum, & Antoninum Pium, nondum prohibitam fuiſſe infantum expoſitionem, nondum ablato patri jure liberos necandi. De Tacito, quia dictum ante, nihil repeto. Illud non ſilebo: quod difficilius ſinat, ſimilem ſub Divis Fratribus, fieri conjecturam de ſequente Apuleji loco ex *lib.* 10. *Metamorph. Pater peregre proficiſcens, mandavit uxori, matri ejuſdem juvenis, quod enim ſarcina prægnationis oneratam eam relinquebat, ſi ſexus ſequioris edidiſſet fœtum, protinus quod editum eſſet, necaretur.* Mihi vero nihil proponitur, cur Apulejo alium adſcribam ſenſum, quam Plauto, Terentio, Suetonio: eadem Apulejo loquendi forma, eodem parentum arbitrio ob ſexum tollendi aut necandi infantis, nec prohibita, quidquid dicat Dominus Van Bynkershoek, illo tempore ejus nece aut expoſitione. Ne prætermittam quidem notatum hoc a Donato qui floruit maxime ſub Conſtantini filiis, ad *d.* Terentii locum: *Pariter enim aut maſculus aut fœmina: & ſolet juſtior eſſe cauſa tollendi, ſi marem uxor peperiſſet. ſed nimii amoris eſt, non expectare, quid tollas.*

Dicta de Gentilibus Scriptoribus, age, aptemus etiam Chriſtianis: nam nec hi, cum illis exprobrant infantum expoſitionem necemque, eo fuere animo: ut referrent flagitia fæcis Populi, vetita & puniri ſolita: ſed diſciplinam ſectæ, utramque omnibus impune permittentis. Solus hoc negat Dominus Van Bynkershoek: præterea nemo unus, ne apud Veteres quidem. imo Tertullianus ait, non modo pleroſque de populo, ſed ipſos etiam provinciarum Præſides, liberos ſuos impune & necare & exponere. probavi id *Julio Paulo c.* 11. ex ejus *Apologetico c.* IX. Nec fruſtra nunc addam, eſſe veriſimile, certantes de præſtantia ſectæ Chriſtianos Gentileſque, non voluiſſe, ſe invicem aggredi argumentis ab indole & factis ſingulorum, & viliſſimorum hominum; ubi virtutis, ſapientiæ & religionis honor vertitur, a neutra parte locum invenientium.

Non meliore aut cauſa aut fato circumfert Vir Ampliſſimus *c.* x. *ſui Opuſculi*, negotium fuiſſe Chriſtianis, Gentiles, quos habebant adverſarios, cum eis infantum expoſitionem ac necem objiciunt, petulantibus conviciis quæ de plauſtro vocat, odii plenos facere. Nam contra intellecto, quod eis exprobrant, eſſe in aperto, an pro convicio aut maledicto reputetur quod eſt verum? accedit quod convicium videri nequit dictum ſine convicii aut injuriæ propoſito. id an fuit illis qui adverſariis ſuis non ultro, nec ſponte, imputarunt impietatem expoſitionis neciſque infantum? ſi rem recta putemus via: non habuere conſilium inferendæ, ſed repellendæ injuriæ: quin ante ab eis laceſſiti inſimulatique infanticidii & inde convivii inceſti, ſuam purgaturi innocentiam, neceſſe habuere allegare, haud credituros de Chriſtianis Gentiles ſcelus, turpe atque atrox: niſi ipſi facerent conſimile, & ſuo exemplo diſcerent, ab aliis admitti poſſe. præterea eſſe iniquos qui in aliis reprehendant ac puniant pro crimine quod in ipſos reciprocata viciſſitudine poſſit retorqueri. Sed profecto licita & honeſta prius læſis omni jure fuerit defenſio: nec male Terentius *Eunuch. Prolog.*

Reſponſum, non dictum eſſe, quia læſit prior.

Illuc autem unice collineaſſe Chriſtianos, quomodo non animadvertit Dominus Van Bynkershoek; ſi attente legit & examinavit Scriptores ipſos, hoc palam declarantes? quod ſi aut perfunctorie legit integros, aut ſaltem excerptos ab aliis conſideravit: (alterum res arguit) quomodo non erubuit, viros bonos & paſſim laudatos damnare indecoræ improbitatis quos ejus nulla idonea cognitione reos deprehendit? Quidquid eſt: mihi ſufficit, id

quod ago, ex Juſtino Matyre, Tertulliano, & Lactantio, hic paulo ante, *& in Julio Paulo c.* 11 ſic demonſtraſſe; ut a ſuſpicione calumniæ conviciique omni ratione abſolvantur. De Minucio Felice an aliud ſuſpicer? ſuadet Dominus Van Bynkershoek *d. c.* x. *Opuſc. p.* 225. ſed non perſuadet mihi, nec perſuadebit aliis, integro animo reputantibus ejus verba, ut extant *Octavio c.* 30. ſunt autem talia. *Illum jam velim convenire qui initiari nos dicit aut credit de cæde infantis & ſanguine. Putas poſſe fieri, ut tam molle, tam parvulum corpus fata vulnerum capiat? ut quiſquam illum rudem ſanguinem novelli & vixdum hominis cædat, fundat, exhauriat. Vos enim video procreatos filios nunc feris & avibus exponere, nunc adſtrangulatos miſero mortis genere elidere. ſunt quæ in ipſis viſceribus, medicaminibus epotis, originem futuri hominis extinguant, & parricidium faciant, antequam pariant. Et hæc utique de Deorum veſtrorum diſciplina deſcendunt. Nam &c.* Rurſus *c.* 31. *Et de inceſto convivio fabulam grandem adverſum nos Dæmonum coïtio mentita eſt, ut gloriam pudicitiæ deformis infamiæ averſione macularet; ut ante exploratam veritatem homines a nobis terrore infandæ opinionis averteret. Sic de iſto & tuus Fronto, non ut affirmator teſtimonium fecit, ſed convicium ut orator aſperſit. Hæc enim potius de veſtris gentibus nata ſunt. jus eſt apud Perſas miſceri cum matribus. Ægyptiis & Athenis cum ſororibus legitima matrimonia. Memoriæ & tragœdiæ veſtræ inceſtis gloriantur, quas vos libenter & legitis & auditis: ſic & Deos colitis inceſtos, cum matre, cum filia, cum ſorore conjunctos. Merito igitur inceſtum penes vos ſæpe deprehenditur, ſemper admittitur. etiam neſcientes miſeri poteſtis in illicita proruere. Dum Venerem promiſcue ſpargitis, dum paſſim liberos ſeritis, dum etiam domi natos alienæ miſericordiæ frequenter exponitis, neceſſe eſt in veſtros recurrere, in filios inerrare. Sic inceſti fabulam nectitis, etiam cum conſcientiam non habetis. At nos pudorem non facie, ſed mente præſtamus, unius matrimonii vinculo libenter inhæremus.* Utrum Minucii ſermo ſpectet ad flagitia infimæ fæcis, legibus prohibita & punita; & velit ejuſmodi fraudibus ac conviciis adverſarios ſuos facere odioſos: an intendat ad diſciplinæ Gentilis a ſe oculis viſæ reprehenſionem: ſimul ſit pro tuenda ſectæ Chriſtianæ puritate, infanticidii & convivii inceſti Gentili more accuſatæ a Cæcilio Natali *ibidem c.* 9, ejus litis ego Judicem fero quemvis; nec addo plura: quia pluribus res non indiget.

Moleſtum tamen eſt Ampliſſimo Senatori, (pergo enim ad reliquas ejus objectiones) non allegari a me aliquem Juriſconſultum Veterem qui licitam ſuo ævo infantum expoſitionem fuiſſe dixerit. etiam video petere, ſibi oſtendi talem: ac vereri, ne quæratur fruſtra. ita proteſtatur *Opuſc. c.* IX. *pag.* 210. *item. c.* x. *pag.* 223. *& c.* VII. *p.* 191. Sed nulla ratione: producto a me paulo ante Scævola *l.* 29. *D. de manumiſſ. teſtam.* & præter eum Diocletiano & Maximiano *l.* 16. *C. de nuptiis.* Quod ſi vel illa deficerent exempla: ne ſic quidem eſſet mirum, hodie non reperiri Juriſconſultum cujus teſtimonium ad probandum, jure Pandectarum licitam impunitamque fuiſſe infantum expoſitionem, deſideret Vir Ampliſſimus. Verſa vice, ego ab eo potius poſtulem, mihi oſtendi Juriſconſultum qui eam jure Pandectarum fuiſſe vetitam punitamque, palam ſcribat. hoc enim fuit neceſſarium fieri a confeſſo, ante Principatum Trajani fuiſſe licitam. at jure Pandectarum ſupereſſe teſtem retentæ permiſſæque adhuc expoſitionis Juriſconſultum, quid attinet, poſt ſublatam a Valentiniano, Valente & Gratiano *l.* 8. *C. Ad Leg. Corn. de ficar. & l.* 2. *C. de infantib. expoſit.* nam ſi ab illo tempore nulla ſupereſſet ejus copia: ideone ante nulla fuit? at negatio nihil operatur in facti probatione: & quoties evenit; ut antiquitus obtinuerit aliquid, quod poſtea abolitum ab aliis Scriptoribus per occaſionem narretur: cum in Pandectis a Juriſconſultis attingatur nuſquam? dedi tale exemplum *lib.* 2. *De uſufructu. c.* 2.

Sit ſimile in præſenti: ubi non reperto Juriſconſulto quem ſibi hodie oſtendi petit Bynkershoekius, non eſt hæc quam credit, cauſa: quod numquam fuit aliquis: ſed quod aliquem in Pandectis ſupereſſe, noluit Juſtinianus: non eſſe e re Juriſprudentiæ arbitratus, in ejus Operis compoſitione ex Veteribus libris deſcribi doctrinas Veterum, legibus aut moribus abrogatas; eoque uſum neque tum habentes, neque deinceps habituras. Id quemadmodum præterierit Virum Clarum & Doctum, equidem non poſſum ad conjecturam evadere: cum ſit indubitatum, auctore Juſtiniano: qui ab Architectis Pandectarum in earum compoſitione ſic obſervari palam mandavit. Verba Mandati, ſi quis recognoſcere velit, appoſui ex *l.* 1. §. 10. *D. de conceptione Digeſtorum:* ſunt autem hæc: *Sed & ſi quæ leges in Veteribus libris poſitæ jam in deſuetudinem abierunt: nullo modo vobis eaſdem ponere permittimus: cum hæc tantummodo obtinere volumus quæ vel judiciorum certiſſimus ordo exercuit, vel longa conſuetudo hujus almæ urbis comprobavit.*

Expoſitis quæ erant dicenda pro intellectu, ſimul pro bona fide, & auctoritate tot illuſtrium teſtium conſuetudinis in Foro ſine interruptione continuatæ uſque ad *l.* 8. *C. Ad Legem Corneliam de ficariis, & l.* 2. *C. de infantibus expoſitis* quæ ſunt Valentiniani, Valentis, & Gratiani, nou dicam, ſalvas eſſe opes meas: id enim apparet ultro: ſed me neſcire, qua cauſa aut ſpe præſumpſerit Ampliſſimus Senator, illis invitis, ipſe nulla adjutus lege, ſola fretus auctoritate ſua, poſt tot ſecula, perſuadere viris doctis, & extra litem noſtram, extraque affectum utriuſque poſitis, infantum ſanguinolentorum expoſitionem & necem an-

te

Digitized by Google

te hos Principes vetitam punitamque extra ordinem aut morte aut leviore pœna fuiſſe. Tranſilio leges: ne attulit quidem aut Veteris Juriſconſulti aut Scriptoris alicujus vel Gentilis vel Chriſtiani teſtimonium: quo illa licentia antea diſerte vetita & punita dicatur. Non fallo, nec fallor. ſi quod tale habet, me convincat producto; & cedam ultro. ſi non habet, ne dicat, conſuetudinem, ipſius confeſſione ante Trajanum, Hadrianum, & Antoninum Pium, in facto certam atque indubitatam, inde ſublatam eſſe.

Ego nec per conſequentiam argumentorum hoc probaſſe exiſtimo. Alicui durior videatur ſermo. ſed eſt veriſſimus, & ſum paratus, vel ejus facere periculum. Exigit, en, Vir Ampliſſimus in *Opuſculo* paſſim, præſertim in *Præfatione*, tum *c.* IX. *pag.* 210. *& ſeq.* item *c.* X. *pag.* 223. exponendi necandique infantis licentiam ad jus vitæ & necis quod antiquitus fuerit pars patriæ poteſtatis, & a Principatu Trajani, Hadriani, & Antonini Pii, evanuerit. Sic cenſet, atque hoc ſe munit clypeo: ſed non firmo, nec apto. Non enim profecta eſt licentia iſta a rigore patriæ poteſtatis, nec inde pependit umquam. Ain' tu? nolo mihi credi. conſulamus quod proximum eſt, Veteres de facto vetere: non enim petenda aliunde eſt ejus notitia; quam ab illis qui poſſunt ex ſe directo ſcire ſine ratiocinatione, plerumque fallente veri ſpecie. At eſt ab his traditum quaſi per manus, infantem nondum natum, & cum viſceribus matris adhuc cohærentem, partem matris eſſe, atque interim pro planta, nondum pro animali, nedum pro homine fuiſſe: imo ne natum quidem, antequam ſuſceptus, agnitus, alique, a parentibus juſſus eſſet, iis alter cenſeri conſueviſſe. Nobis hodie non ita ſedet. at illa fuit Veterum ſecta, fateor, impia & crudelis: ſed quam, more aliarum Gentium, ſequutus fuit Populus Romanus. ipſe id jus, ejuſque prætextum probavi *Julio Paulo c.* I. II. *&* IV. Nec obluctatus eſt Bynkershoekius, niſi injectis, credo, fervore diſputandi, ſcrupulis aliquibus, in ſumma nihil operantibus. Proinde nil attinuit, ad litem de jure necandi exponendique partus argumenta ducere ab integra aut imminuta vi patriæ poteſtatis cum qua nullam habuit communionem. Sint hæc, ut ſunt, firma, Veteres conſulentibus: tamen quid vetat, adhuc ſubjicere, infantum necem expoſitionemque tam matri, quam patri, fuiſſe permiſſam, quamvis in matris poteſtate liberi fuerint numquam? Atque hoc oſtendi *Julio Paulo c.* II. IV. *&* V. fide Sævolæ, Quintiliani, Julii Firmici Materni. Ad hæc indicavi *c.* IX. prohibitam ab eadem cauſa, utrique parenti in *l.* 8. *C. Ad Leg. Corn. de ſicar.* fuiſſe infantum necem a Valentiniano, Valente, & Gratiano. quod non fuiſſet opus: ſi ea matri ante non fuiſſet licita atque impunita. Succurrit mihi & tertia obſervatio, æque decretoria, ideoque non magis negligenda. ea obſervatio eſt, patriam poteſtatem eſſe Juris Civilis, eoque ſolorum propriam civium Romanorum §. 1. *Inſt. de patria poteſt. l.* 3. *D. de his qui ſunt ſui vel alieni juris*, ut cætera quæ juris civilis appellantur *l.* 15. *D. de interdict. & releg. l.* 17. §. 1. *D. de pœnis.* Et tamen infantum necem expoſitionemque tantum civibus Romanis, non etiam peregrinis, fuiſſe licitam impunitamque, nuſquam oſtendit, neque umquam oſtendet, Dominus Van Bynkershoek: Veteribus hac in parte diſtinctionem non facientibus, etiam ante civitatem omnibus qui in orbe ſunt, datam ab Antonino Caracalla. Abſit igitur, ut eam licentiam debuerit metiri jure vitæ & necis, patri integro aut ſublato.

Nondum executus ſum omnia. plus dicam, perperam credi a Viro Clariſſimo, jus necis in liberos patri fuiſſe ademptum inde a tempore Trajani, Hadriani, & Antonini Pii. eſt enim (quod ægre dico) & hic error manifeſtus: nec erit labor, refellere. Initium ſumam a Trajano. cedo, nam ſcire cupio, ejus Principis Conſtitutionem de abrogando patri jure vitæ ac necis, & puniendo eo, ſi contra fecerit? ego nullam vidi hactenus, nullam quoque attulit Bynkershoekius, & quæ eſt mea opinio, ne deinceps quidem adferet aliquam; quia in tota antiquitate nulla extat. Interim rem publice licitam atque impunitam ſine Lege Populi, aut Conſtitutione Principis, ab ullo Magiſtratu fieri crimen & recipere pœnam mortis aut corporis, quis umquam credidit, dixit, aut ſivit Juriſconſultus? Novi: provocat ad hoc Papiniani *l. ult. D. Si a parente quis manumiſſus ſit: Divus Trajanus filium quem pater male contra pietatem adficiebat, coegit emancipare.* Æque ſcio, hinc argumentari a conſequentia hiſce verbis: *Quæro, an non jus illud vitæ & necis evertat, quod Trajanus coegerit emancipare filium inclementius habitum.* Memini etiam, mox ſic inferre ac concludere: *Itaque mihi videtur.* Sed flectamus, ut lubet, Papiniani verba: quod in his ſignum prohibitæ patri necis filii? quod denunciatæ pœnæ aut mortis aut levioris, ſi necarit? At enim Papinianus patriam poteſtatem magis pietate, quam atrocitate æſtimari cenſet. Sino. verum idem ante voluit Lex; cum patri jus vitæ & necis conceſſit: nam (ut demonſtravi *Comment. ad Tit. D. de his qui ſunt ſui vel alieni juris*) illi hoc non indulſit, ut filium perderet, ſed ut regeret ad commune utriuſque bonum: optime ſperans de naturali patris pietate. Porro quod Lex egit, id ſpectavit Trajanus: forte oblato patre a quo neglecta eſſe dicebatur pietas. quo enim conſilio, niſi illo, juſſit filium ab eo emancipari? Atque hoc extra ordinem licebat Principi, legibus ſoluto: Prætori his adſtricto non licebat jure ordinario. Sed ſingulare Principis Decretum illo in facto quid facit ad rem præſentem? in

Digitized by Google

qua non quærimus, an Legis ſeveritas a Trajano ſimilitudine rationis circa jus vitæ & necis mutanda fuerit: ſed an hoc jus a Trajano patri illo exemplo ſit ademptum? de eo vero cum ne minimum quidem ſit in *d. l. ult.* ſignum; an dubitamus, manſiſſe merum atque immutilatum quod non eſt mutatum, etſi potuerit mutari, non repugnante ratione: ſicut ſuo tempore poſtea etiam mutatum fuit? Igitur ſi inveſtiganti mihi Trajani mentem Vir Ampliſſimus faciat gratiam pedibus eundi in ejus ſententiam; meam tenebo viam rectam & planam, etſi contrariam.

Proximus a Trajano foret tranſitus ad Hadrianum prærogativa ſucceſſionis: ſed permittes, inverſo imperii ordine, prius quæri ſententiam Antonini Pii: quia vel hunc Principem de abroganda patri nece liberorum, & eo puniendo, illis occiſis, cogitaſſe, nuſquam eſt memoriæ proditum. Nec me confundit Bynkershoekius auctoritate Gaji *l. 1. §. 1. & 2. D. de his qui ſui vel alieni juris ſunt:* confirmantis, Antoninum Pium domino ademiſſe jus necandi ſervum ſub comminatione pœnæ Legis Corneliæ de ſicariis; ſi eum occiderit ſine juſta cauſa. Non eſt enim præſens controverſia de dominorum in ſervos, ſed de patris in liberos, poteſtate. in re autem facti, an hæc valet conſequentia, Antoninus Pius fecit unum, ergo Antoninus Pius fecit alterum? apage. Si tamen vetuit, ſervum a domino occidi: quo argumento non noluit, a patre occidi filium? nam hic, ut improbiſſimus, & peſſime de patre meritus, eſt nihilominus filius, & (quod obſervatum a Seneca *lib.* 1. *De clementia c.* 14. & Cicerone *Pro S. Roſcio Amerino c.* 19) patris opinione, ejus affectione ac pietate non indignus. ſervus contra, apud Juvenalem *Sat. 6. verſ.* 221. vix pro homine, & apud Paulum Jure Civili pro nullo habetur *l. 32. D. de regul. Jur.* Sic colligit Dominus Van Bynkershoek. qui potuit? profeſſus *Opuſc. c. 3. pag.* 154. in quæſtione facti teſtibus & exemplis extricanda, parum ſecuram eſſe a juſto, probabili, aut ſimili collectionem. nam ſi hoc vere opinatus, quod & ipſe puto: fuit ejus prudentiæ, abſtinere ab hujuſmodi argumento non modo fallace, ſed tam ipſi, quam mihi, improbato: etſi alioquin ſervus Jure Civili pro nullo habeatur: filius non habeatur. illud non abſurde putetur, quod ſic pronior quidem fuit ſævitia domini in ſervum, quam patris in filium. ideoque debuit hoc jus potius aptari ad id quod frequenter & facile, quam quod perraro, eveniret *l. 3. & ſeqq. D. de Legibus?* ſed idcirco non neceſſario ſequatur, tam interdictam patri fuiſſe filii cædem, quam domino cædem ſervi. imo hoc magis inhibenda videatur domini ſævitia, quam patris: quod domino vilis eſſet ſervus: at patris pietas plerumque filio conſuleret? Atque huc, quamquam in alia ſpecie, non inutiliter trahatur forte ſequens Papiniani contemplatio *l. 22. §. 4. D. Ad Leg. Jul. de adult. Ideo patri, non marito, mulierem & omnem adulterum permiſſum eſt occidere, quod plerumque pietas paterni nominis conſilium pro liberis capit. cæterum mariti calor & impetus facile decernentis fuit refrænandus.*

Tandem venio ad Hadrianum. nam is reſtat, atque ab ejus Decreto, ex Marciano poſito in *l. 5. D. de Lege Pompeja de parricidiis*, adhuc ſubſidium ac forte præcipuum, ſibi parat Clariſſimus Bynkershoekius Verba Marciani ſunt: *Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium ſuum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in inſulam eum deportaſſe: quod latronis magis, quam patris jure eum interfecit: nam patria poteſtas in pietate debet, non atrocitate conſiſtere.* Inſigne eſſe Hadriani Decretum, inſignem quoque venire Marciani obſervationem, equidem non inficior. Sed cur diſſimulem, quid utroque indigitetur, parum aſſequutum eſſe Bynkershoekium: in eoque aſſenſuros mihi fore omnes quibus otium erit, conſulere ſub Titulo Digeſtorum, *De his qui ſunt ſui vel alieni juris*, a me obſervata pridem ad intellectum cum *d. l. 5*, tum cæterorum Capitum, hiſtoriam hujus articuli in Digeſtis & Codice perficientium. Virum Clariſſimum vidiſſe meum Commentarium, cenſeo: ſed locum qui adductus, potuiſſet lucem facere, prætermiſiſſe, miror: magisque non animadvertiſſe quæ contra attulit, invicem ſe deſtruere mutua repugnantia. Quare & negligere decreveram. ſed interceſſit Epiſtola Amici cujuſdam Anonymi, apprime docti & ingenioſi, non opinanti data: qua momenta rationum Clariſſimi Senatoris ad *d. l. 5* rite examinata, atque optimo jure refutata, me iſta deliberatione abſolverunt. Exemplum Epiſtolæ hoc eſt.

Cepit me, Vir Clariſſime, impetus paucis ab hinc diebus, inquirere in quæſtionem difficilem ac nobilem de tempore ablatæ patri poteſtatis necandæ prolis ſuæ. Ad eam legi magna cum amœnitate a te ſcripta in *Commentario ad Tit. Pand. De his qui ſunt ſui vel alieni juris:* cum iiſque contuli quæ nupero Opuſculo *De jure occidendi, vendendi, & exponendi liberos apud Romanos c.* IV. *pag.* 167. contra diſſeruit Vir Clariſſimus, Cornelius Van Bynkershoek, Senator: ac cum aliquamdiu me detinuiſſent ab eo prodita ad *l. 5. D. de Lege Pompeja de parricidiis:* animadverti tuam quidem ſententiam illis non premi aut impelli: ſed aliquas ei offundi nubeculas, etſi a contradictione non liberas, futuras tamen aliquibus, in his minus exercitatis, in legendo incommodas. itaque exiſtimavi, facturum me rem ſtudioſis talium non ingratam: ſi tecum in præſentiarum communicarem ſimpliciſſimam Marciani mentem: prout

hanc

hanc a te ipſo ex tuo *Commentario* didici: ratus, cjus demonſtrationem ad refellenda quæ ex adverſo confuſe ſunt diſputata a memorato Viro Ampliſſimo, ſummopere pertinere. Feci autem hoc eo lubentius, quia credidi, poſſe novæ Operum tuorum editioni quam parari, ex fama intellexi, non inutiliter alicubi inſeri: ſi quidem libeat tibi in hac ætate tua jam grandi, reſpondere objectionibus Domini Bynkershockii, & tanti mea videatur opera. nam ſi pro certo conficiatur, patri Principe Hadriano nondum ademptum fuiſſe jus necandi filii: deciſa quæſtio eſt, & confutata ſententia, cui firmandæ Vir Ampliſſimus ingens ſibi ex *d. l. 5.* pollicetur robur; cum ſit nullum. Conſtitui igitur, quod ex ea pro ſe produxit, examinare hic illic: ſperans, ne invito quidem eo cui ſine dubio perinde, ut nobis eſt propoſitum, veri demonſtratione adjuvare rempublicam literariam bona fide. Igitur Dominus Van Bynkershoek *d. c.* IV. *p.* 164. probaturus quod propoſuit, jam ſub Hadriano & ante nullum patri fuiſſe jus necandi filii; ait, hoc ex eo intelligi, quod nihil punitur præter vetitum illicitumque. ab Hadriano autem in *d. l. 5* punitus fertur pater deportatione, quæ eſt ordinaria Legis Corneliæ de ſicariis pœna, eo quod in venatione necaverat filium qui novercam adulterabat. fuit igitur patri tempore Hadriani prohibitum illicitumque, filium ſuum interficere. Hoc ubi dixit Vir Ampliſſimus; ſubjungit, ſe mirari, eos qui liberorum cædem adhuc patri ſub Hadriano & deinceps indulgent, putare, vel id poſſe hoc obtineri argumento: quod ex contraria Marciani ſententia in *d. l. 5* elicitur nimirum: quod Hadrianus dicitur patrem non hac ex cauſa puniviſſe, quod filium occidit; ſed quod in venatione, & ut mox ſequitur, latronis magis, quam patris jure interfecit. indeque videtur poſſe colligi, ei ſalvum futurum fuiſſe jus necandi filii; ſi non fuiſſet illi more latronis inſidiatus per occaſionem venationis. Atque hoc cum ait Vir Ampliſſimus, ego ei facile conſentio: & æque, eſſe id doctos eos viros veriſſime arbitratos. Cum vero contra pergit ſic dicere, *Sed aut ego fallor, aut omnes alii ſic Marcianum interpretantes falluntur*, hac parte illi conſentiendum nullo modo puto. Litem dirimet caſus a Marciano *d. l. 5.* propoſitus. is caſus eſt: *In venatione filium ſuum quidam necaverat qui novercam adulterabat:* id eſt, qui ſolebat adulterare, niſi malis legere nec inepte, *adulterarat*. Quid juris? Duo conſiderat Vir Ampliſſimus: prius eſt, an videri poſſit pater uſus jure mariti ex Lege Julia? ſed fruſtra: nam Lex illa marito tantum permittit, adulterum domi ſuæ deprehenſum occidere; nec ibi quemlibet *l. 22. §. 4. D. Ad Leg. Jul. de adult.* ſed dumtaxat viles, enumeratos *l. 24. D. d. t.* quod ad expediendam *d. l. 5.* nihil confert. Altera ejus conſideratio eſt; an pater filium recte occiderit jure patriæ poteſtatis? Et hoc negat cauſa æque vana: quod jus patris, quoad poteſtatem occidendi filii tum decoxerat. addit, non magis vere, eſſe ab hac factum, ut filii cædes in propoſito atrocitati tribueretur, & pro latrocinio reputaretur: idque liquere ex his *d. l. 5.* verbis: *Nam patria poteſtas in pietate debet, non atrocitate conſiſtere.* Sic Bynkershoekius: ſed utrum erret, an ludat, neſcio. primum, ubi apparet, ablatum patri ante Hadrianum fuiſſe jus necandi filii? quid ni igitur putemus, obtinuiſſe quod non oſtenditur mutatum? At nec Marcianus *d. l. 5.* patitur credi aliud. nam ſi filii cædes prohibita atque illicita erat ante Hadrianum; poteratne deinde ullo colore ambigi aut ab Hadriano aut a Marciano; utrum pater qui filium, ob adulteratam novercam in venatione interfecerat, a pœna Legis Corneliæ eſſet liber jure patriæ poteſtatis? atqui erat nullum, quatenus ad cædem. Igitur amoveris unum, amoveris utrumque. Sed quid hæremus? ubi tu, Vir Clariſſime, *d. loc.* ex *Collatione Legum Moſaicarum & Romanarum Tit.* IV contra evidentiſſime demonſtraſti teſtimonio Papiniani cujus eſt etiam *l. 20. & l. 22. D. Ad Leg. Jul. de adulter.* vel eo florente, patri competiiſſe necem filiæ ex Lege Regia, ſive Romuli certo jure. Re vero ſic indubitata cum moribus, tum teſtimonio Papiniani ac Marciani, ipſe viderit Vir Ampliſſimus; an decuerit eum captiunculis hujuſmodi inanibus conari nobis extorquere, punitum in *d. l. 5.* ab Hadriano eſſe patrem, ob filium a ſe privata auctoritate ſine Judice occiſum: eaque ex cauſa eſſe eum in *d. l.* latroni comparatum, & cædem atrocitate æſtimatam: nec flagitio per venationem quid ſævitiæ eſſe ſuperadditum; etſi venationis in facti ſpecie meminerit Marcianus. Longe aliter ſe res habet: etenim filii cædes qua cædes, patri licita certo jure tum temporis, neque atrocitatem habuit, neque latrocinium fuit: ſed utrumque vitium ab occidendi modo accepit: videlicet propter inſidias filio a patre ſtructas prætextu venationis in ſilvis, ac quæſitam ibi more latronum ſolitudinem. Rem hanc, ut dignum Juriſconſulto, in facto annotavit Marcianus: nec eſt cauſa, cur aliter ſentiat Dominus Van Bynkershoek. Nam quid addam, quod in *d. l. 5* Marcianus non minus obſervavit, ſingulare eſſe hoc Hadriani Decretum, ideoque non trahendum ad conſequentiam prohibiti ſublative generaliter juris necandi filii. Vidiſti tu quoque hoc *d. loco*, Vir Clariſſime, tam vere, quam ingenioſe: latere autem Bynkershockio non debuit, non vulgare fuiſſe patris crimen Lege Cornelia illicitum prohibitumque: ſic enim res fuiſſet ordinariæ cognitionis Præſidis, verbi gratia, habentis Legis claræ ac certæ executionem. Nunc atrocitas nova atque inaudita, egrediebatur modum

Gggg dum

dum fini Legis convenientem: ita neceſſaria erat Principis majeſtas, libera & legibus ſoluta. Nam pater, ſecundum Leges Romuli & Duodecim Tabularum, in filium habens jus necis, eum adulterii in novercam manifeſtum occidit: non de conſilio amicorum, non etiam impetu doloris in continenti: ſed diſſimulata ira atque injuria, peſſimo exemplo, inſtituta venatione, quaſi illa ſe filiumque oblectaturus, denique occaſione, tempore, loco, ad crudelitatem opportuno, in ſilvam ac ſolitudinem abductum, nec quid mali ſuſpicantem, interfecit in morem latronis. Hoc non erat pietatis quam Lex in patre præſumpſerat, cum ei daret jus necis: ſed erat atrocitatis, vel patri Lege naturæ interdictæ; ideoque etſi Legum ſubtilitate poterat impune admitti: debuit pro latrocinio pœna Legis Corneliæ puniri. A quo? a Principe. an a Magiſtratu quoque, Præſide, verbi gratia? non. Atqui erat cædes atrox & a patris pietate recedens. Sed pater Legibus Romuli & Duodecim Tabularum in filium habebat jus necis ſine fine & modo: iiſque Legibus adſtrictus erat Magiſtratus. Utinam hanc Marciani obſervationem duce te, Vir Clariſſime, ſecutus eſſet Dominus Senator! ignorare enim non debuit, intereſſe inter Magiſtratus & Principis cognitionem: alteram legibus ſervire; alteram ab illis liberam eſſe: ideoque patrem altera debuiſſe abſolvi; altera potuiſſe condemnari: Marcianum autem in *d. l.* 5. non fuiſſe de Præſide, ſed de Principe, locutum: quando ſic ait, Cum in venatione filium ſuum quidam necaverat, qui novercam adulterabat: non fertur aliquis Magiſtratus, ſed fertur Divus Hadrianus in inſulam eum deportaſſe. quam ob rem? Marcianus putat: quod ut patria poteſtas complecteretur jus necis; hic pater filium magis latronis, quam patris jure interfecit: patria autem poteſtas, ut putabat Princeps, non ipſam Legem, ſed ejus finem ſecutus, in pietate debet, non atrocitate conſiſtere.

Hactenus Epiſtola Amici eruditi & digni cujus laudabili ſtudio Juriſprudentiam intra ſinceritatem retinendi, merito ejus nomine gratias agam maximas. De cætero dicam, poſſe nos carere tam confuſa, quam prolixa Ampliſſimi Senatoris diſputatione de tempore ademptæ patri poteſtatis necandi liberos, tamquam hic otioſa: jure exponendi necandique infantes non trahente, ut putat, originem a patria poteſtate: ſed (quod a Philone Judæo, aliiſque Veteribus Scriptoribus, interque eos etiam a Juriſconſultis noſtris, de opinionibus & doctrinis ſui temporis melius inſtructis, quam alter noſtrum, eſt obſervatum) inde: quod partus cohærens cum ventre matris, tantum planta haberetur: recens quoque natus, antequam eſſet a parentibus ſuſceptus, agnitus, alique juſſus, vel, ut Philo Judæus loquitur, antequam nutricis opera interveniſſet, populari opinione nondum homo eſſe intelligeretur.

Pari ratione potuit Vir Ampliſſimus *Opuſc. c.* VII. parcere operæ ſupervacuæ: judicia civilia, Jure Pandectarum uſitata, confundenti cum criminalibus, illo jure adhuc incognitis: item liberos jam ſuſceptos cum nondum agnitis. quæ ego *Julio Paulo c.* 3. & 4. ut oportet, ſedulo diſtinguenda eſſe, indicavi. Inſuper dubito, an Suetonius *Claudio c.* 27. notet, velut rem ſingularis exempli: quod Imperator Claudius conceptam ex liberto ſuo Botere Claudiam, quamvis ante quintum menſem divortii natam, alique cœptam, exponi tamen ad matris januam & nudam juſſit abjici. Sed hæc ego nunc attingo obiter ſaltem & quaſi in tranſitu: excuſatura me hac admonitione a neceſſitate reſpondendi argumentis ex iſta confuſione arceſſitis, & ad rem nihil pertinentibus. Sit mihi integrum ſic proclamare; tum arbitrari, quidquid ſuſpicionum, aut conſequentiarum, Ampliſſimus Senator ab hoc ducit fonte, quantumvis de his ſperet plurimum, fruſtra ſperare: nam tam facile hinc negari, quam inde affirmari: proinde ſubducta utriuſque ratione, nihil eſſe allatum toto ejus *Opuſculo*, cur minus exiſtimetur, a me aut alio, patri ac matri, more aliarum Gentium, in Republica Romana fuiſſe conceſſum, donec a Valentiniano, Valente, & Gratiano *d. l.* 8. & *d. l.* 2. prohiberentur, liberos recens natos & nondum ſuſceptos, agnitos, alique juſſos, ſuo arbitrio aut necare aut exponere: hoc colore, quod hi nondum pro hominibus, nedum pro liberis, haberentur. At hoc credi, inquit Dominus Van Bynkershoek, non eſſe ex dignitate Populi Romani. Tamquam non idem dici poſſit de Græcis aliiſque Gentibus, eo jure manifeſte abuſis. Sed Populorum leges ac mores non ubique, nec ſemper reguntur eo quod ſit honeſtum ac pium. non etiam eſt omnium locorum & omnium temporum idem judicium de utili & noxio, de æquo & iniquo, deque honeſto & turpi. Extat hujuſmodi obſervatio elegans apud Herodotum *lib.* 3. *pag.* 77. & *ſeq. editionis Henrici Stephani anni* 1570. itemque alia apud Cornelium Nepotem in *Præfatione*. Sed ne recedam a propoſita materia, ero contentus Ariſtotele: qui *lib.* 7. *De republica c.* 16. quæ hic nobis videntur, ut ſunt, plena flagitii & impietatis, in ordinanda civitate indifferentia exiſtimat: eademque in Græcis civitatibus, non minus politis & cultis, quam fuit Populus Romanus, pro permiſſis licitiſque fuiſſe atteſtatur, præter Plutarchum & Aelianum, *Julio Paulo c.* 1. a me ante hac allegatos. Romæ porro quæ & quanta fuere tolerata, neque a turpitudine, neque ab abſurditate aut crudelitate aliena! & præſentem licentiam impiam atque inhumanam, obtinuiſſe, an quærimus? Sed hanc adeo certam in Foro Romano fuiſſe, oſtendi *c.* 11.

d.

d. Operis, ut contrariam apud Judæos, Germanos, Indos, ſervari, quidquid dicat Ampliſſimus Bynkershoekius, Tacito, Curtioque, res nova & Romanis in Hiſtoria notatu digna videretur. Taceo, quod eodem modo etiam Philo Judæus obſervat *lib. De ſpecialibus legibus*, infantum expoſitionem apud Judæos Legibus Moſaicis prohiberi punirique ſolitam, apud multas Gentes, propter nativam inhumanitatem, vulgarem eſſe impietatem: id eſt, ut ego interpretor, impietatem moribus aut legibus receptam atque impunitam.

Quo, inquis, pertinet hæc præparatio? nimirum, ut occupem ſolvamque ſequentem proteſtationem Domini Van Bynkershoek: in *Præfatione Opuſculi ad Lectorem* dicentis inter alia, *Solem numquam adſpexiſſe quid humanius benigniuſque Veteribus Juriſconſultis:* Et *amoliendam ab illis eſſe fœdiſſimam maculam qua afficiantur:* opinantibus: *damnaſſe quidem ea facinora, utpote contraria officiis boni viri, at non contraria legibus.* Præterea, *Quod apud ipſos legit, eſſe ad Juriſprudentiam referendum: non ad doctrinam de moribus & virtutibus.* Et rurſus *c. x. pag.* 226. *Abſit enim, ut in animum meum inducam, hæc ſcelera ſine pœna dimiſiſſe ſeveritatem Veterum JCtorum: quin ſatis, opinor, contra probatum eſt.* Hæc fere pro Veteribus Juriſconſultis Ampliſſimus Senator. Sed parum digne erudito nomine. quid enim continent, præter verba ſonantia, at nihil ſignificantia? Nil dico temere, nec ſine ratione: quæſo enim, quos in propoſito intelligit Juriſconſultos Veteres, fœdiſſima iſta macula qua mea diſputatione afficiantur, liberandos per cauſam humanitatis benignitatiſque eorum? utrum eos qui ante Trajanum fuere: an qui inde inſecuti ſunt? atqui illis florentibus jure permiſſam impunitamque fuiſſe infantum expoſitionem necemque, ipſe palam confitetur Vir Ampliſſimus. hi vero ſi ita diſputarunt, ut eos diſputaſſe ante dixi, & mox iterum dicam: quæ eos deformat macula? imo quæ non ornat gloria ſervati officii & pietatis? igitur demus, peſſimos fuiſſe Populi Romani mores: ut fuerunt deteſtabiles hac in parte: quid hoc ad Juriſconſultos? qui eos non finxerunt, non laudarunt, at nec habuerunt jus, eos pro arbitrio vetare, aut punire, id eſt, mutare nova Lege: quippe cum non eſſent Legumlatores, ſed Legum Interpretes, & privati; etſi eorum ſcripta poſtea juris & legis auctoritatem acceperint a Theodoſio *l. unic. Cod. Theod de reſponſ. Prudent.* & a Juſtiniano *l.* 1. *De conceptione Digeſtorum*, & *l.* 2. *De confirmatione Digeſtorum.* nam ante non fuit ita: & de ſuo tempore Conſtantinus *l.* 1. *C. de legibus*, *Inter æquitatem juſque interpoſitam interpretationem*, inquit, *nobis ſolis & oportet & licet inſpicere.* Non patitur hoc refutationem; cum incurrat in oculos omnium: & quod contra dictum ab Ampliſſimo Viro, ſine dubio aliud cogitanti excidit. utcumque erit, a ſincero Juriſprudentiæ tam longe abeſt, quam quod longiſſime. Verius ego duplex feci munus Veterum Juriſconſultorum, bonos & innocentes viros ubique profitentium. unum fuit docere, quid liceret legibus moribuſque Populi Romani: alterum, quid eſſet pium atque honeſtum. prius juris regulam appellari, poſterius juris præceptum, primus, opinor, demonſtravi *Julio Paulo c.* x. & xi. Credibile autem eſt, utrumque a Paulo fuiſſe obſervatum in *l.* 4. *D. de agnoſc. & alend. liber.* etiam fore appariturum; ſi locum haberemus integrum: cujus ſola nunc pars reliqua eſt. Sed hoc animadverti olim *c.* VIII. *d. Operis:* appoſito pro majore fulcimine loco conſimili ex Lactantio *lib.* 6. *Divin. inſtit. c.* 20. item alio ex *Apologia ſecunda* Juſtini Martyris. In præſentia quoque non recedam a vicinia veri: opinatus, Juſtinianum quod a Paulo pro regula erat traditum, in *d. l.* 4 idcirco non deſcripſiſſe: quia a Valentiniano, Valente, & Gratiano, vetitum in *l.* 8. *C. Ad Leg. Cornel. de ſicar.* & *l.* 2. *C. de infantib. expoſit.* jam tum pro jure obſervari deſierat.

At Viro Ampliſſimo *c.* VII. *Opuſc.* non ſit veriſimile, Paulo in *libris Sententiarum* ex quibus eſt *d. l.* 4, fuiſſe propoſitum, perſuadere Philoſophiam moralem, ſive boni viri officia quæ impune licuiſſet contemnere. Quaſi dixerim, Paulum in *libris Sententiarum* voluiſſe, unam tradere moralem Philoſophiam, & quod in Foro pro regula Juris obſervaretur, in totum neglexiſſe. Non ita eſt: numquam hoc cogitavi; & contrarium oſtendit meus Julius Paulus. Igitur nec me conturbat Clariſſimus Senator, porro profeſſus, Se potius cenſere, ita habendum, Paulum eo Opere quod *Sententias* inſcripſit, vel maxime Juris Regulas, & recepta Jure Civili dogmata comprehendiſſe; nec alio fine tradidiſſe, quam ut filium ad quem eum librum ſcripſit, edoceret principia & fundamenta Juris. Nam ut hoc concedam: quid tum poſtea? num Paulus, ſi unum fecit in gratiam Filii, idcirco alterum omiſit? hoc putari, nulla jubet ratio. nam in libris quoque *ad Edictum* Juris fundamenta expoſuit; ſed non eo minus ex his præcipit *l.* 144. *D. de regulis juris*, *Non omne quod licet, honeſtum eſſe.* Idem factum in libris *Sententiarum:* quid ni enim pater filium in re notabili vel hic optimo conſilio implere velit tam juris præceptis, quam juris regulis? Sed exemplum petis. accipe pulcherrimum, atque ex *libris Sententiarum*, quod opportune mihi ſuggeſſit *Collatio Legum Moſaicarum & Romanarum Tit.* VII. Verba: *Paulus libro Sententiarum* V *ad Legem Corneliam de ſicariis & veneficis. Si quis furem nocturnum vel diurnum, cum ſe telo defenderet, occiderit, hac quidem Lege non tenetur: ſed melius fecerit, qui eum comprehenſum, tranſmittendum Magiſtratibus obtulerit.* Explicationem loci ne exſpecta. jam dedi pleniorem olim *lib.* 1. *Probabilium c.* 9.

& *lib. ſing. Ad Legem Aquiliam c. 5.* ubi poteſt videri. Verum ſi hanc Operis ejus particulam, ſi alias aliorum Senatusconſultorum quas Pandectis inſeruit Tribonianus, ad præcepta moralia referes: eſt Bynkershoekio metus; ne auctoritas Juris immane quantum periclitetur; ac ne quod pro Lege haberi voluit Juſtinianus, habeatur pro declamatione alicujus Rhetoris aut Philoſophi. Sed qui metus eſt Amico Docto & Claro, is metus non eſt mihi: re ipſa a me ſuperiore exemplo extra dubitationem poſita. præterea quis ignorat paulo eruditior, oportere in Fragmentis Pandectarum, ut recte intelligantur, duplicem fieri inſpectionem: unam de mente Veterum Auctorum: alteram de ſententia Juſtiniani. Secundum hanc credi debet Pauli Fragmentum a Juris Architectis eſſe in *d. l.* 4, parte dempta, collocatum: hoc conſilio, ut acciperet vim Legis, aptam & convenientem moribus illo tempore receptis ex Conſtitutione Valentiniani, Valentis, & Gratiani, in *d. l.* 8. *C. Ad Leg. Cornel. de ſicar.* & *d. l.* 2. *C. de infantib. expoſit.* Aliter ac ſi examinetur ad uſum ſeculi quo ſcripſit Paulus: tum enim dicam, neque Legem fuiſſe, neque Legis auctoritatem obtinuiſſe; ſed tantum fuiſſe doctrinam Pauli, privati Juriſconſulti, pii & ſapientis: præter Regulam Juris quæ in Foro habebat neceſſitatem, etiam quod virum bonum & honeſtum decebat, prudentiſſime admonentis. Nec hoc ſine exemplo, ipſo egregio & quod poſſit omnium inſtar videri, ex §. 9. *Inſt. de nuptiis* & *l.* 12. §. 1. 2. 3. *D. de ritu nuptiarum.* Ecce: ſi uxor tua poſt divortium ex alio filiam procreavit, hæc non eſt quidem privigna tua, & idcirco potuit a te accipi in matrimonium, ſalvis Regulis Juris. Sed Julianus, vir ſapiens & pius, conſiderato quod eſt pudoris & honeſtatis, ait abſtineri ab hujuſmodi nuptiis oportere: idque etiam aliis exemplis intelligi: nam nec ſponſam filii nurum eſſe, nec patris ſponſam novercam eſſe: rectius tamen & jure facturos qui ab hujuſmodi nuptiis ſe abſtinuerint. Hoc in Juris præceptis Juliani tempore fuiſſe, manifeſtum eſt. at ubi placuit Juſtiniano, id ponere in *d.* §. 9. & *d. l.* 12. §. 1. 2. & 3. an eſt dubium, inde pro Lege eſſe cœpiſſe. Atque huic ſi adeſt, ut oportet, fides veri: quam habet Dominus Van Bynkershoek cauſam in præſentia metuendi, ne a mea interpretatione periclitetur Juris auctoritas: & quod pro Lege haberi voluit Juſtinianus, pro Declamatione alicujus Rhetoris aut Philoſophi reputetur? opinor, nullam: quippe cum omnia, poſtquam ſua fecit Juſtinianus, ab eo profecta, ex ejuſque mente, intelligi debeant: ut eſt in Conſtitutione, *De conceptione Digeſtorum*, & *De confirmatione Digeſtorum*, variis locis.

Videor mihi ex voto ſolviſſe argumenta a Viro Eximio mihi objecta circa priorem quæſtionem de infantum expoſitione & nece. Succedit altera de abacto partu, medicamento a muliere ſponte ſumpto ad abortionem. Eſt vero iſta, ſive ad Regulas Juris, ſive ad Juris præcepta examinetur; item ſive ad Juris initium, ſive ad ejus progreſſum ſpectetur, a me ad certum adducta *capite ultimo Julii Pauli.* Sed quia hic quoque alio flexit Bynkershoekius *Opuſculi c.* VII. *pag.* 187. & *ſeq.* age quæ intercedant, ne mecum ſtet, conſideremus. Putat Vir Ampliſſimus, mulierem nuptam numquam habuiſſe jus abigendi partus: & ſi abigeret in mariti fraudem, ſemper punitam fuiſſe: hac cauſa, quod mulier liberos numquam habuit in poteſtate: & uterus non ipſius, ſed mariti fuit: hinc poſt divortium, vel mortem mariti, ventrem inſpici; & ſi mulier renunciatur gravida, ei cuſtodem apponi. conſequenter putat, leges Romanas, ſi quando mulieri dederint poteſtatem partus in ventre necandi: non aliter dediſſe quam de partu vulgo, non ex marito, concepto. Ita firmat quod intendit, argumentis & rationibus. ego vero teſtes & exempla exſpectaveram: ſicut his contrarium ipſe *d. c. ult.* demonſtravi teſtimoniis Senecæ, Ovidii, Juvenalis, Tertulliani, quæ ibi poſſunt videri; & ignorari vel diſſimulari ab Ampliſſimo Viro non debuere. Quo magis tamen liqueret, quam lubricæ in re facti ſint ejus rationes, non gravabor, vel in illas inquirere. Negat Vir Ampliſſimus, mulierem nuptam umquam habuiſſe poteſtatem abigendi partus: & uſus duplice ratione. una eſt, quod mater liberos non habet in poteſtate. altera, quod uterus eſt mariti, non mulieris. Quod ad priorem attinet, in ea eſt manifeſta repugnantia. nam ſi jus in ventre necandi partus pendet a patria poteſtate: an poteſt matri eſſe jus in ventre necandi partus ſpurii? non poteſt: nam ne ſpurius quidem eſt in poteſtate matris. Potius fuerat dicendum, quod innupta impune potuit partum abigere: quia partus cum matre cohærens, eſt pars matris: & ſicut mater poteſt ſe jure civili occidere; ita partum, id eſt, partem ſui poteſt. eodem modo nuptæ licuit abigere, id eſt, in ventre necare, infantem: quando etiam fœtus cum ejus viſceribus cohærens, eſſe viſcerum, id eſt, matris pars intelligeretur. Sed mitto argumenta, etſi bona: cum ſint exempla, ut dixi, luce meridiana clariora, apud Ovidium, Senecam, & Juvenalem, a me *d. c. ult.* allata *Julio Paulo*; iiſque nihil reſponderit Dominus Van Bynkershoek: ſicut nec poterit reſpondere umquam; cum ſint certiſſima. Non magis probo prætextum exiſtimantis, uterum non eſſe uxoris, ſed ad maritum pertinere jure proprio. quis enim ei hoc dixit Vetus Juriſconſultus? nemo. imo Veteres contrarium pro explorato habuere: ideoque temporibus Divorum Fratrum, cum incidiſſet, ut maritus quidem prægnatem diceret mulierem, uxor negaret: cauſa fuit illis Principibus, ut conſulti

ſulti Valerio Priſciano, Prætori Urbano, in hæc verba reſcriberent apud Ulpianum *l.* 1. *D. de inſpic. ventre*: *Novam rem deſiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori quæ ab eo diverterat, & ſe non eſſe prægnatem profiteatur, cuſtodem apponat: & ideo neme mirabitur, ſi nos quoque novum conſilium & remedium ſuggeramus. Igitur ſi perſtat in eadem poſtulatione, commodiſſimum eſt, eligi honeſtiſſimæ fœminæ domum, in quam Domitia veniat: & ibi tres obſtetrices probatæ & artis & fidei quæ a te aſſumptæ fuerint, eam inſpiciant: & ſi quidem vel omnes vel duæ renunciaverint, prægnatem videri, tunc perſuadendum mulieri erit, ut perinde cuſtodem admittat, atque ſi ipſa hoc deſideraſſet.* Tenes Reſcriptum. Nunc quid obſervet in eo Ulpianus, accipe ex §. 1. *Ex hoc Reſcripto evidentiſſime apparet, Senatuſconſulta de liberis agnoſcendis locum non habuiſſe, ſi mulier diſſimularet ſe prægnatem, vel etiam negaret. Nec immerito.* Quam ob cauſam? ſic ait: *Partus enim, antequam edatur, mulieris portio eſt vel viſcerum.* Quid deinde? pergit: *Poſt editum plane partum a muliere, jam poteſt maritus jure ſuo filium per interdictum deſiderare aut exhiberi ſibi aut ducere permitti extra ordinem. Igitur* (ſic concludit) *Princeps in cauſa neceſſaria ſubvenit.* Hæc Ulpianus: & quia plana ſunt omnia: equidem vellem, contra dicta ab Ampliſſimo Amico eſſe indicta: tam manifeſta eorum confuſione. Non magis ſequitur, quod ille, poſtquam dixit, uterum eſſe mariti jure proprio: porro infert, hinc ſoluto per divortium vel mortem mariti matrimonio, inſpici ventrem; & ſi mulier renuncietur gravida, cuſtodem apponi: allegata ad hoc *d. l.* 1. *pr.* & §. 10. Perperam. nam ratio cuſtodiendi ventris, ſi Reſcriptum Divorum Fratrum in *d. l.* 1. *pr.* & Edictum Prætoris in *d.* §. 10. conſideremus; non eſt alia, quam ne ſupponatur partus. eamque rationem, ne quæſtioni ſit, etiam adfert ſubjecta Ulpiani interpretatio §. 11. 12. & 13. Proinde viderit Ampliſſimus meus Amicus, quo jure finem cuſtodiendi ventris hunc eſſe fingat; ne abortum faciat mulier: & ſi faciat, non eſſe a pœna liberam exiſtimet: cum hujus finis pœnæque non meminerint in Reſcripto Principes, neque in Edicto Prætor, neque in interpretatione Ulpianus: & interim pœna abortus ſola hic quæſtioni ſit. Huic obſervationi accedit altera: quod Reſcriptum Divorum Fratrum non eſt factum ad Conſultationem Præfecti Urbi; ſed Prætoris Urbani: cujus tantum mixtum imperium, id eſt, de civilibus cauſis fuit: cum illius eſſet merum, id eſt, de criminibus. Igitur ſi mihi licebit, ſalva gratia Viri Ampliſſimi, abſtinere ab ejus ratiocinatione, nullum in re facti habente uſum, ut monui ſæpius: dicam quod res eſt, & pleniſſime oſtendi *Julio Paulo capite ultimo*, abortum a muliere ipſa ſibi procuratum, ante Divum Severum & Antoninum, ex Regulis Juris non fuiſſe crimen, ideoque nec punitum, ſive nupta eſſet mulier, ſive innupta. ſed Reſcripto Divi Severi & Antonini in nupta eſſe receſſum a Regulis Juris. Non utar ad hoc ratione longe petita: ſed teſtibus de ſuo tempore deponentibus. talis inter alios eſt Marcianus *l.* 4. *D. de extraord. criminibus*, quam eſſe ex *lib.* 1. *Regularum*, ejus Inſcriptio indicat. Is vero ibi, *Divus*, inquit, *Severus & Antoninus reſcripſerunt, eam quæ data opera abegit, a preſide in temporale exilium dandam.* Quam ob rem? ait, *Indignum videri poſſe, impune eam maritum liberis fraudaſſe.* Senſus Marciani eſt: Ante hoc Severi & Antonini Reſcriptum impunitus vel in nupta erat abortus: quia fœtus ejus pars erat: ſed Severus & Antoninus deinceps impunitum eſſe eum abortum, non ſiverunt: primi interpretati, indignum videri, eam tali Juris ſubtilitate maritum liberis fraudaſſe. Igitur cum abortus ante legibus non eſſet crimen; ideoque non liceret Præſidi, mulierem, quamvis nuptam, propter abortum punire: tamen aliter eſſe cœpit, poſtquam Reſcripto Divi Severi & Antonini factum eſt crimen extraordinarium, & temporali exilio in futurum puniri juſſum. Idem plane iter tenuit Ulpianus *l.* 8. *D. Ad leg. Cornel. de ficar.* ſic ſcribens: *Si mulierem viſceribus ſuis vim intuliſſe, quo partum abigeret, conſtiterit: eam in exilium Præſes provinciæ exiget.* Ait, *Exiget*, in futuro tempore: id eſt, deinceps exiget: jam accepta poteſtate ex Reſcripto Severi & Antonini: quam poteſtatem ante non habebat ex Regulis Juris. Ne alia quidem, quidquid reluctetur Dominus Van Bynkershoek, fuit ſententia Tryphonini *l.* 39. *D. de pœnis* in verbis ſequentibus: *Cicero in Oratione pro Cluentio Avito ſcripſit, Mileſiam quandam mulierem, cum eſſet in Aſia, quod ab heredibus ſecundis accepta pecunia partum ſibi medicamentis ipſa abegiſſet, rei capitalis eſſe damnatam. Sed & ſi qua viſceribus ſuis poſt divortium, quod prægnans fuit, vim intulerit, ne jam inimico marito filiam procrearet: ut temporali exilio coërceatur ab Optimis Imperatoribus noſtris reſcriptum eſt.* Mihi videtur Tryphoninus, cum de abortu diſputaret, (eſt enim is locus ex *libro* x *Diſputationum*) primum fuiſſe deteſtatus abortum, iſtis temporibus apud omne genus mulierum, ſicut ex Seneca, Ovidio, Juvenali, evidentiſſime demonſtravi *d. c. ult. Julii Pauli*, adeo frequentem; ut in morem prorſus abierit: & deinde inquiſiviſſe in remedium quo rem impiam & ſceleratam jure coërceri oporteret: exiſtimaſſe autem, nullam Romæ extare Legem qua abortus quem ipſa ſibi medicamento inferret mulier, pro crimine aut haberetur aut puniretur. Argumentumque eſſe: quod ſuo tempore Cicero in Oratione *Pro Cluentio Avito* ſimiliter ſollicitus de pœna abortus, non protulit exemplum ex Foro Romano, in quo

verſabatur; videlicet, quia ibi deficiebat, alioquin ex proximo petiturus: ſed ex Aſia arceſſivit longe: dicens, cum ibi eſſet, Mileſiam quamdam mulierem quod ab heredibus ſecundis, id eſt, ſubſtitutis, accepta pecunia, partum ſibi medicamentis ipſa abegiſſet, rei capitalis eſſe damnatam. ſed hoc quamquam juſtum, non pertinere ad Forum Romanum, neque ibi eſſe obſervatum. igitur fuiſſe dignum providentia Optimorum Imperatorum noſtrorum, id eſt, Severi & Antonini: cum eſſent ſuper ea re conſulti a Præſide qui erat Legibus adſtrictus, rem turpiſſimam Principali Reſcripto extra ordinem emendari: placuiſſe vero hoc, mulierem quæ prægnans viſceribus ſuis poſt divortium vim intulerit, ne jam inimico marito filium procrearet, temporali exilio coërceri. Quid inde? jam Romæ cœpit crimen eſſe, & pro tali extra ordinem puniri, quod ante neque crimen habebatur, neque pro tali in Foro Romano puniebatur. Sic mihi ſedit *Julio Paulo d. capite ultimo.* Alio vertit Dominus Van Bynkershoek. an felicius, quam in ſuperioribus, alii judicent: utroque æque ſibi blandiente, humano more.

F I N I S.

GERAR-

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

DISSERTATIONES

QUATUOR.

I. De Civili Prudentia.

II. De Cauſis Corruptæ Juriſprudentiæ.

III. De Jure Summi Imperii & Lege Regia.

IV. De Religione ab Imperio Jure Gentium Libera.

Digitized by Google

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Antecefforis,

DISSERTATIO PRIMA
DE
CIVILI PRUDENTIA,

Habita Franekeræ Friſiorum a. d. 6. Octobris A. MDCLXXIX, cum auſpicaretur Juris profeſſionem.

Si umquam mihi fuiſſet dubium, A A, deberemne Juriſprudentiæ docendæ cauſa relinquere urbem Noviomagum, ſitu amœniſſimam, & ſerie temporum, civiumque ingenio, ac virtute claram ac nobilem, patriam vero mihi cariſſimam: id ne in dubium vocarem hodie, non una me impelleret ratio. cum enim ab ea ætate qua fas eſt, de ſua quemque vita ire in conſilium, me idcirco addixerim ſecreto literarum: ut, ſi quæ foret meæ facultas mediocritatis, ipſe egregium publicum pro portione adjuvarem: eſt quod mihi gratuler, perculſa proximo bello patria Academia in qua Juriſprudentiam publice profitebar, hanc provinciam mihi in hac obtingere Muſarum ſede: quam ſi ſua cenſeam celebritate, ferme putem Belgii Principem haberi: ſi cogitem eos qui in ea famam omni doctrinarum genere ſunt ingreſſi: optem, quo in loco tot inclaruerunt lumina, eo in loco egregia ſane eorum exempla imitari. accedit, quod hic olim Juriſconſulti nomen atque inſignia ſum adeptus: & quos nunc Collegas ſaluto, ex his tum tirocinii mei teſtes atque arbitros inveni aliquos. quod quam jucundum mihi eſt meminiſſe, tam modo honeſtum videtur, in Inclytum illum Profeſſorum Ordinem adſciſci. atque is honor mihi adhuc eſt eo gratior, quod non ambivi: & deſignatus ei fui ante, quam ſcirem, me eſſe notum his ad quos ſumma ejus rei pertineret: denique, quo die me innotuiſſe accepi, eo per Illuſtrem & Magnificum Virum, Wilhelmum Van Haren, Præfecturæ Biltanæ Prætorem, mihi decretam a Republica eſſe hanc dignitatem, intellexi. Inde quid animi mihi fuerit, facile conjicitis. nempe erat mihi pulchrum, illum Virum quem Noviomagenſis ex omni Europa de pace conventus, præter alias Legationes ante pro Fœderata Belgica præclare geſtas, in præſentia ornat, ſortiri publici hujus decreti interpretem, & tam prompto affectus officio: ut ad ſummam ejus comitatem nihil deſideraretur. Atque ego volueram hoc diſſimulare, evitaturus jactantiæ opinionem: ſed metui, ne meum ſilentium non tam eſſe verecundi crederetur animi, quam negligentis tantæ ſenſum facilitatis. adhæc blandiebar mihi, ſi id ederem, fore: ut reverentia tam decori nominis vobis commendatiora eſſent hæc mea auſpicia. Nec tamen me præterit, A A, illa ſingularis benevolentia qua ultro ſoletis, omnes qui ament ſtudia bonæ mentis, optimo complecti exemplo. ſit igitur vel illa quæ aliis ſæpe profuit, etiam veſtri erga me animi pignus: quid habeo, aliud ſperare, quam ut difficultates vultum, linguam, mentem meam in ingreſſu hujus actionis defigentes, meo remittatis pudori: forte a præſente quoque orationis cauſa aliquid gratiæ inventuro.

Eſt enim mihi in animo, A A, dicere de Civili Prudentia. cui quid præferatur, aut comparetur, vix equidem ſcio: paucis ſive naturali decore, ſive utilitate æſtimentur, æque ad dignitatem honeſtis, vel ad fructum uberibus. Mitto cætera: eſt, A A, extra controverſiam: quod illa artium princeps, quidquid uſquam eſt divinæ aut humanæ rei, una præſertim fovet, ſuſtinetque. nec, ut putet aliquis, hæret intra ſolemnia fori, civileſque leges Populi Romani: etſi vel ſic ſatis late pateret ejus amplitudo. tamen major erit gloria tractantis inſuper leges orbis terrarum, maximam Dei omniumque hominum civitatem ſtabilientes. quid reſpicitis, quid quæritis? ubi utraſque appello leges, Jus Naturæ & Civile indigito; & uno verbo quantas opes, quantum humani generis ornamentum mente atque animo veſtro concipere vos, poſtulo!

An quiſquam ambigit, omne jus ſive cognatum nobis ſit, ſive poſt inventum, cœlo trahere originem, Deique immortalis donum ac munus haberi? ſimus ſubducta ad rem ratione: qualecumque ſit jus, ſumma redit ad unam Naturæ legem: intendentis omnium hominum, ſive in civitates coiërint, ſive ſinguli ſint, vitam mitem, tranquillam, beatam. atqui illa ſine juris atque officiorum ſo-

cietate quæ haberi, quæ intelligi poteſt? Quod ſi adhuc foret inter mortales dubium, eſſetne jus aliquod a Natura comparatum: utique rudes & tardos admoneret Gentium conſenſus, ſapientes ratio, non arceſſita, ſed certa & olim ſeminibus infuſa a Natura, rebus convinceret neceſſariis, eſſe Numinis providentiam: a qua vim proficiſci univerſos, quotquot uſquam ſint homines, tam ad ſui conſervatiouem, quæque ei inſerviant, inevitabili neceſſitate rapientem, quam a diverſis abſterrentem: eam vero non cœpiſſe humanis affectibus eſſe regulam, cum decreto hominum virtute ſapientiaque excellentium, alicubi eſt æri aut tabulis inſcripta: ſed jam inde fuiſſe legem, ex quo cum rerum Natura ac mente Divina orta eſt. Igitur ſi ad Artis dignitatem, utilitatemve ſpectamus: dixi. perorata res eſt. an reputantibus Supremi Numinis majeſtatem, humani decoris conſervatricem inſtinctu ac motu rectæ rationis, licet ignorare, quantus ſit ſplendor fructuſque Artis, uſum, finem, cauſam ſanctiſſimi fœderis Naturæ ad juvandas, tuendaſque res humanas explicantis?

Multa dixi A A: non omnia; & vos plura exſpectatis. hactenus enim ſibi quiſque cura: nullo in medium conſulente. ita cives quæritis: homines videtis ſingulos per agros, per ſilvas ſparſos ferarum more: forſitan expertos ſolitudinis pericula atque incommoda, nondum utilitatem junctarum opum, aut ſubmixæ legibus ſocietatis: eoque non intelligentes aut contemnentes. Igitur quantæ fuit rei, tales, quod agebat Deus & Natura, colligere, & comparatione utilitatis vitæ communis cum incommodo ſolitudinis triſtis, miſeræ, obnoxiæ eniti atque efficere: ut renuntiantes naturali libertati, deinceps velint ſuas vires, ſuaque commoda non ſuo, ſed legum, arbitrio metiri? jam vero quantæ prudentiæ, induſtriæque, collectos unire; unitos regere, continere, coërcere reverentia ſummi imperii, quaſi anima & ſpiritu civilis corporis? aut me fallit veneratio quæ ſumma animo meo eſt, conjunctionis, auctore Deo, conſtitutæ ac ſacratæ, aut ea dedit ſuam humanitati faciem, nitorem, elegantiam: ea lapſa erexit, nutantia fulſit, fatigata recreavit: ea ſingulis quietem, omnibus ſuas ſpes aſſeruit. ab hac receſſeris: ſquallida, turbulenta, incerta omnia: vix ſupereſt vitæ cauſa. aude, tollere Jus civile; ut ſit civili furore. dic: ubi libertas, inæſtimabile illud Naturæ bonum? ſi potes; oſtende rerum dominia. quam petes tuam eſſe hereditatem, etſi patris aut matris voto ac pietate delatam? quid vult contractus vel bona fide initus? quæ vis obligationis? atqui hæc novit Jus Gentium. utinam res eſſet! at experimentis conſtat, eſſe nomen: niſi in Naturæ ſtatu adverſus vim, ferociam, improbitatem, bello atque armis adjuvetur; aut poſt inventas leges, majeſtas ſummi imperii veritatem Naturæ officio juriſdictionis exequatur. O magnam gloriam Civilis Prudentiæ? quibus eam prædicem laudibus? quibus verbis? quidquid cogitem, quidquid dicam: minus eſt, quam pro meritis Artis: cujus beneficio valemus, ſpiramus, vivimus: ſine qua nulli, brutis, quam hominibus ſimiliores: non colentes alter alterum, ſed perſequentes: non adjuvantes, ſed ſpoliantes: non ſervantes, ſed perdentes: quid dicam, devorantes? Illa igitur, illa, inquam, Arte qua emollita morum immanitate, tandem hominem induimus, quod fidelius, religioſius, ſanctius innocentiæ, modeſtiæ, juſtitiæ ſuffugium? age ſane, par eſt, eam quæ res confuſas humano errore ad certam redigat vivendi formulam, credi atque haberi civitatis lumen; aut, ſi mavis, oraculum; utique vicariam Dei ac Naturæ operam præſtare.

Nimirum, ut ſibi ſinguli homines, ſic ſibi quæque civitas conciliatur. numquam enim Naturæ vis atque impetus deſtituit quos genuit homines. quin ut ſingulos, ita unitos civili fœdere, ad bona atque utilia non ducit, ſed trahit: parique vi a contrariis avocat atque abſterret. interim quæ bona aut mala ſint, in facto poſitum eſt: atque id neque his, neque illis omni loco, omni tempore, in omni re & cauſa, Natura peræque definit. prorſus quædam præcipit, alia vetat, pleraque in medio relinquit. ad rem pertinet, hæc diſertius indicari.

Sit, ut eſt, humanæ caput felicitatis, civilis conjunctio. huic promovendæ, cuſtodiendæque neceſſaria, numquam in medio ponit Naturæ providentia: ſed ea in infinitum vocat bona, juſta, honeſta; eoque hæc tam civitati, quam ſingulis, motu rationis, quaſi tacita lege, ſemper imperat. contra quæ illi tollendæ diſſolvendæque ſint, putat mala, turpia & nefaria; ideoque ea omnibus ſine diſcrimine prohibere, credi debet. in his igitur, quid eſt privati arbitrii? nec magis civilis valet auctoritas. ſola mortalibus, quocumque appareant modo, ſtatu, aut conditione, eſt relicta obſequii gloria. ne quis dicat, quod Natura malum ſit, vel civitatis lege pium apud Deum, & juſtum atque honeſtum apud homines fieri. Jactavit id aliquando ſæva & ſervilis adulatio, rectis conſiliis ſemper adverſa. Verum amentia fuit. res loquitur, Naturæ jus non pendere ab hominum opinione; ſed Divina providentia conſtitutum, eſſe ſempiternum, conſtans, immutabile, atque in civitate, extraque eam, ſine exceptione, orbis viribus retinendum: omni humana lege, tantum miniſtra ad ejus executionem comparata.

Cætera, præter hæc, ſunt media atque indifferentia, per ſeſe ipſa neque bona, neque mala. hæc igitur hominibus neque ſingulis ac ſeparatis, neque conjunctis civili fœdere, imperat aut vetat Natura. quin ut ſingulis, nondum

Digitized by Google

dum conſtituto civili jure, ſic deinde civitati, integram permittit libertatem hinc ſumendi quod ſibi utile, & improbandi negligendive quod noxium aut ſupervacuum videatur: nullo civitati, nullo extra eam ſingulis, præter ſe, quid ſibi conveniat, judice: ob ſummam hominum, nec minorem civitatum, inter ſe paritatem. Ullane igitur rebus mediis vel in civitate ineſt in alteram partem obligatio, neceſſitaſque? Nulla, AA: niſi quam in ea a civili jure acceperint. etenim cum ejus cui rerum poteſtatem permiſit Dei & hominum conſenſus, ſit æſtimare, quid ex his ſuo proſit aut noceat corpori: an dubitamus; ſitne ejus cognoſcere, & judicare, quid oporteat ex his quæ in medio poſuit Natura, legum neceſſitate adſtringi, quid ſuo cujuſque arbitrio relinqui? Licita igitur per eum ſint in civitate omnia quæ ipſe non prohibet, aut jubet, & Natura fecit indifferentia. Interim eſt hic fons Juris Civilis, hæc materia humanarum legum. inde ordo judiciorum, inde dominiorum, negotiorum, obligationum, tutelarum, curationum, donationum, ultimarum voluntatum ratarum ruptarumque modi. omnium origo rudis, informis, ſimplex a Jure Naturæ ſeu Gentium. fines, formam, robur, civilis addidit utilitas. hæc abs Naturæ initiis non in totum diſcedit: hæc non per omnia eis inſervit. ſæpe addit: aliquando detrahit: & utraque via res medias ac liberas alligans legis vinculis, deinceps bonas aut malas facit quæ ante non erant tales. neque tamen æternum ſervat nominum fidem: aliquando transfundit ac mutat ſignificationem, ſuadente utilitate: quam unam ſequitur.

Sed bene habet. inveni quod quæſivi Jus non Naturæ tantum, ſed Civitatis quoque: poſita omnibus vivendi lege ſuam cuique firmaturum libertatem: ut alicui videatur minuere, & ſui generis ſervitute transfigurare. Non enim eſt hæc hominum ſervitus, ſed legis, Naturæ exemplo, tam humili atque inopi, quam nobili & potenti æquæ: numquam volentis, alterius ſuperbia alteri ſuam atteri facultatem: ſed, quod agebat Naturæ providentia, ubique pudore & modeſtia, nuſquam ſcelere ac licentia exerceri. At hæc vera libertas & ſolida. alia non eſt. videlicet liber eſt civis qui legum imperio ſecurus, nihil metuit. idem poteſt facere omne quod vult: ultro nolens, facere quod legibus facere prohibetur.

Quid ergo obtinemus? quod initio dixi, unam rectam rationem per omnem orbem & hominum ſingulorum, & civitatum jura, vires, commoda, ſocietate humanæ conjunctionis, id eſt, vero uſu terminare. At enim aliquis: Cur ergo miramur, varia, imo contraria, aliis atque aliis locis aut temporibus ſervari jura. quid, ſi præſtet; Naturæ jus moratiorum Gentium, quam communi hominum, ratione definire? Sed tu quiſquis es, aufer mihi, ſis, veteres nugas quibus dudum ſibi quiſque blanditur populus, ſæpe prætextu cultus, elegantiæ, atque humanitatis, privatim deſes, nequam, fallax, ſui prodigus, alieni appetens; publice prædo, & libidine dominandi omnibus noxius & periculoſus. agam ſimpliciter, AA. Fingite vobis quas lubet, Gentes. una eſt omnium ratio. domi unus omnium finis, ſocietas vitæ civilis. huc exeunt omnium jura, quamquam diverſis viis. ex his alia hanc mavult, alia illam; prout rebus ſuis expedire exiſtimat. etiam, quam primum tenuit, aliquando mutat, deprehenſo errore, aut nova oblata opportunitate. quacumque tamen incedat ſemita: perſeverat qui fuit, affectus retinendæ utilitatis conjuncti juris. hac cauſa idem quod ante, cum eſſet utile, probavit tamquam bonum & honeſtum, modo mutata conditione, vituperat tamquam turpe & malum; & quod nunc juſtum dicit atque æquum, alias injuſtum atque iniquum appellavit. Ita cum temporibus aut locis differant viæ, formæque ad ſervandam communem utilitatem directæ: ubique una conſtat recta Naturæ ratio, ubique unum & verum ſtudium tuendæ ſocietatis humani juris; etſi in modis varietur, etiam ſæpe erretur humano more.

Verum ceſſo, colligere rem indubiam, manifeſtam. confitemur enim, omne jus originem ducere a ratione per omnes qui ſe homines vocant, diffuſa divino ac provido Naturæ beneficio. adhuc quærimus, qualis, quantaque habenda ſit ſcientia quæ Naturæ jus Dei vice executura, ubique ordinat, gubernat, ſervat auctoritatem humani fœderis demonſtratione ejus quod pro tempore liberum atque arbitrarium, quod fœdum, quod egregium ſit, id eſt, quod illi nocere, aut proficere, aut illuc non pertinere arbitretur?

Neque vero jam adſpernor, AA, Populo Romano (cujus quamquam ſcelus per bella ampliandi imperii, neglecta humani generis ſocietate, deteſtor, tamen Jus Civile optima ratione colo) hanc fuiſſe diu reverentiam Civilis Sapientiæ: ut voluerit, eam aſſervari inter Deorum ſacra ac cæremonias, juſque a Pontificibus, velut ab ipſa juſtitia poſtulari: hos leges tractare, hos formulas componere: fere quaſi auctoritatem non conſtare Juri Civili, ſit vincula communis vitæ laxari, ſolvi, abrumpi. ſcio: ad Populum deinde tranſiit Juriſprudentia. ſed tum quoque obtinuit, ut in principum præſertim manu ac poteſtate eſſet. eo certe itinere rebus ſe nobiliſſimi juvenes præparare, eo ad honores graſſari inſtituerunt. quid, ſi non piguit Prætorios viros, ne Conſulares quidem & triumphales, vel maximis rebus geſtis, legum ſcientiam profiteri: ſive in jure, judiciiſve orarent cauſas: ſive domi ſedentes in ſoliis, aut tranſverſo foro ambulantes, de jure conſulentibus reſponderent: ſive Deorum cæremonias ordina-

narent, & publica ſacra, juſque Pontificium commentariis deſcriberent: ſive in Fori diſputatione Juris regulas definirent; & ambiguas leges ratione aut auctoritate regerent; duras æquitate vera & maſcula temperarent; inutiles aliquo verborum colore atque imagine eluderent: ſive adoleſcentes quibus erat indoles virtutis, diſciplina emendarent: ſapienter opinati, quales ipſi cum præceptis, tum exemplis, ad rempublicam informarent, talem ſe reipublicæ fortunam effingere. At illis ad armorum negotiorumque gloriam adjicere ſplendorem Juris ſcientiæ: foris manu, domi conſilio, legibus, judiciis, multos adjuvare, defendere: utrimque famam in poſteros, in præſens venerationem ad Populum atque in Senatu invenire, id quidem pulchrum ac magnificum videbatur.

Ego vero, AA, quoties ad Populi Romani ortus progreſſuſque adjeci animum, & qua re maxime imperium quæſiverit, invenerit, habuerit, mecum reputavi, ſemper arbitratus ſum, multum virtuti, multum fortunæ, plus juri debuiſſe: neque ex initiis tam anguſtis atque humilibus ad tantæ magnitudinis inſtar ulla magis re, quam legum religione ſurrexiſſe. ſi vacat: ſpectemus robur, opes, ingenium, tum quot & quas gentes non magis vicinas, quam inimicas invenerit aut fecerit: niſi fallor, viribus, opibus, intelligentia, paucis prior, multis inferior fuit. conferamus fidem, mores, laborem: dubito, an pleroſque domi militiæque ſuperaverit. ſic facile arma valebant; ubi Urbi, nec Urbi tantum, ſed inſuper caſtris diſciplina conſtaret: & utrimque tantum pudor, quantum virtus & fortuna exequeretur. cæterum ubi luxuria atque avaritia in rempublicam irrupere, & ruſticitatem vocarunt ſeveritatem ante laudatam; eoque modeſtiam, juſtitiam, induſtriam remiſerunt, atque inter bonos & malos diſcrimen, ſimul vitiorum & virtutum pœnas ac præmia ſuſtulerunt: tum illam, ut maxime viris, equis, armis, copiis valeret, tamen minimum efficere, quin ſenſim fluere, & in aliam partem ire, neceſſum fuit. Sed quanti intereſt civitatis, ejus conjunctionem optimis legibus ac moribus omni ratione ſervari ſartam tectam: tanti intereſt, Artem ejus auctorem, cuſtodem, vindicem, coli diligenter religioſeque.

Non ſum neſcius, fore de populo aliquem qui magna clamet voce, eſſe hæc ſubfrigida atque inania; applaudi nugis; in cœlum evehi ſcientiam modicam, ab omni ſapientiæ atque ingenii cultu remotam: parum pendentem a judicio; plus a memoria. tum eſſe anxiam de ſyllabis; torqueri in ſingulis literis, maxime verborum calumniis conſumi: plerumque de ſtillicidio, de fluminibus, de cloaca, de glande legenda, id eſt, ineptiis conſuli: raro majoribus miſceri negotiis: minimum de ſumma republica ſollicitari.

Vetus hoc & frequens convitium depingentis imaginem hominis Juriſprudentiam veluti opificium exercentis: non quam expectatis divinam atque admirandam faciem ſapientiæ legibus moribuſque ornantis pacem ſeculi. interim percutit ſonus iſte inſcitus non magis aures, quam animos juvenum nondum firmatos & adhuc in primis viis laborantes. qui ut contemni poſſit a ſapientibus, tamen ne imprudentibus fraudi ſit, age conferamus pedem: ſine dubio evicturi, a Juriſprudentia prope abeſſe quidquid negotiis, quidquid ſapientiæ, quidquid cæteris humanitatis ſtudiis debetur.

Ajunt, Artem noſtram (ſi Diis placet) eſſe vilem: ajunt, minoribus fatigari rebus. vos videte, hoc qui accipiatis, AA. ego vero illi imputo: quod civilis ſtudioſa tranquillitatis, nihil omittit, quo qualeſcumque evitentur lites, & ubique retenta pace, in civitate conſtet fides communis boni. ita tantum abeſt: ut idcirco contemnenda ſit; ut magis laudanda veniat induſtria ſic majora exequentis: ut ne minora quidem prætereat: & viciſſim ad minora ita accedentis, ut nec majora negligat. Siccine? primum inſtruit, ornat, abſolvit officium, curam, ſtudium vitæ ſplendidæ ac negotioſæ. illa quid vult, quid agit, quibus conſtat? tractatione omnium quæ ſummi imperii providentia atque auctoritate in comitiis, in conſiſtorio Principis, inve Senatu egent pro optimo publico. Magiſtratuum porro officia, curationes, munera, nonne Senatus, Populi, Principis voluntatem miniſterio ſuo exequuntur? unde fit, ut foris ſecura ſit reſpublica; ut domi ſana; utrimque opibus ac copiis affluens; ubique innoxia libertate fruatur? illuc quæ exeunt, maxima ſunt. unam tamen publici Juris partem efficiunt. quid altera? ad Sacerdotes, ad ſacra, ad cæremonias pertingit: uno juſtitiæ officio, conciliari cum Deo, ſecundo cum homine. hoc pietas, illud religio appellatur: ingens, ſi caſte adhibeatur, inſtrumentum ad mentis emendationem; id eſt, ad virtutem honeſtatemque; ſimul ad divinam humanamque pacem. ſin aliter: non minus incitat animos ſuperſtitione captos, velut furialibus ſtimulis ad turbas, ad libidinem, ad ſcelera. igitur ut oporteat, liberam ac voluntariam eſſe rem animi atque intellectus; nec pœnis armiſque, ſed conjunctione rationis homini cum Deo communis, accipi, cuſtodiri, ac promoveri. at ne vergat ad ruinam morum, remve publicam in caſum trahat factionum conſpiratione, juſtiſſimæ cautionis eſt. I nunc, & præ te fer, tantum exiguis rebus, tantum ineptiis ſervire Artem: cujus tam inſignem in rebus ſacris ac profanis domi, foris, pace & bello eſſe commodum experimur. i, & dubita: utrum plus memoriæ, an judicio debeat.

Nam quid dicam de ejus affinitate cum cultu Sapientiæ? hujus optima & præcipua laus ad mores refertur: cæteris occultis & quod-

quodammodo ab ipſa Natura involutis. at illa virtutis atque officiorum magiſtra quid habet a Jure Naturæ & Civitatis, quid ab homine publicis privatiſque rebus intento alienum? non repetam ſuperiora. tantum utar exemplis paucis, ſed evidentibus. Sit maris & fœminæ conjunctio, quam matrimonium appellamus. quid magis expedit reipublicæ, futuræ brevis ævi, abſque eo ſeminario ſit? jam in tot fortunæ caſibus quod eſt honeſtius mortalibus ſolatium? dubitetur tamen, quid in conjunctione tam neceſſaria Natura indulgeat deliciis humani affectus? quid contra civilis pudor dicat inceſtum, nefarium, turpe? permittenda, an coërcenda ſit uxorum multitudo? quid conveniat primis votis, quid ſequentibus a morte prioris conjugis: præſertim natis liberis? an ſufflaminanda inter virum & uxorem ſit donatio nocitura profuſa facilitate, aut concordiam magis pretio, quam honeſto amore conciliatura, poſtremo meliorem factura pauperiorem, deteriorem vero ditiorem? an concedendum ſit licentiæ repudiorum, divortiorumque bona gratia, aut per indignationem? honeſtumne ſit, his receptis, ſtipulatione pœnarumque vinculis adſtringi matrimonia contracta vel futura? quantam oporteat eſſe poteſtatem patris, liberorum educatione incertam adituri aleam? qua diligentia circumdanda ſit pupillorum, minorum, aliorumque infirmitas: ne ſibi noceat, neve prætextu tutelæ curæve impie atque inhumane ſpolietur? longum eſt. addam tamen pactionum contractuumque multiplices formas aut officiorum neceſſitudine, aut utilitatis permutatione omni vitæ commodas atque opportunas? adhuc neget aliquis, ne in genere injuriæ aut ratione erretur, eſſe in conſtituendis ſingulorum naturis, modis, finibus, opus ſapientia judicioque negotiis ſpectato? quo igitur in his, niſi in honeſti & turpis, in æqui & iniqui, id eſt, in publice privatimque utilis ac noxii momenta & proprietates cadit diſceptantium labor? Paris fuerit induſtriæ, conſiderare atque expendere, quibus vitiis, qua pœna, quem ad modum, purgari civitatem juſtum ſit. non inficior, melius atque æquabilius ſe habituram, abſque ullis eſſet: ſed hoc ſperare in tanta ſeculi inertia ac ſegnitie, quis audeat: nullo pœnæ fine, nullo fructu? an ignoratis, quæ in foro delicta, peccata, crimina appellantur, apud ſapientes cenſeri errore humanæ ſortis, non peccaturæ: ſi mortalis foret tenuitatis, quid ſuæ conducat ſalubritati, omni loco & tempore ex veris principiis recta ratione deducere. Non faciam Naturæ controverſiam de providentia. eſt illi ſua cauſa, etiam cum nos fugit. ſaltem fas ſit, deplorare noſtræ miſeriam conditionis: cui neceſſe eſt, in infinitum ſequi bonum & evitare malum: nec interea quæ jus ſit optare, aut deprecari, magnopere licet animadvertere aut diſcernere. ubi igitur ſapit? imo ubi non labitur? quæſo vos dicite: ipſe dubito, ſponte, an neceſſitate: æque ex obviis principiis, ut ut falſis, falſa fluente collectione, atque ex veris ac bonis vera ſequitur & bona. ſic eheu! etiam cum ſuo ſtudet commodo, ut debet, duce Natura, pro vero ſpeciem amplectitur: bonum minus majori, præſens futuro, privatum communi præferens: ignara, vel hoc ſuum contineri. utrum igitur placet, deferri ream imbecillitatis: an parci ejus infelicitati? occaſione gaudet clementia. memini: fateor. ſed vitanda confuſio, & flagitiorum eruptio, exemplo nocitura. deliberemus igitur de pœna, duro hercle & infauſto, ſed neceſſario, remedio: non tamen admiſſi jam erroris. abſit: is qui poteſt fieri infectus? ſequens ordinandus eſt. nec iſte quidem accipiet legem: ſi humanum excedat modum; aut manus ac mentem a republica abſtineat. an ſapientis ſit, frui pœna, & ultione vana aut nihil ad ſe, nihil ad rempublicam pertinente, graſſari ad crudelitatem? nequaquam. quid ergo? relinquat hunc ſuo dedecori. tantum ſit negotium, cavere: ne aliis graves ſint affectus, a linea omnium utilitati legibus poſita ſe moventes: ac ſi quem capiat mala libido egrediendi metam legum; illecebram ſtultitiæ mutare acerbitate pœnæ ad miſeriam exituræ. ita malæ mentis ſint peccata ad meram rationem exacta: an indignemur, in humano foro, integritatem civilis conjunctionis conſervaturo, terreri inhiberique conſilia actioneſque illi conjunctioni noxia? atqui leonem, lupum, ſimilemve tollimus belluam magis lege immanis naturæ, quam ſuo peccato pernicioſam. & quid intereſt inter hanc & hominem ſua feritate ſe, invita ratione civitatis, ferentem peſſimo publico. Sed eſt unus pœnæ finis utilitas ſervandæ diſciplinæ: ſine qua nullum eſt, nec ſperari poteſt otium reipublicæ. eam porro utilitatem vere condigneque taxare, cujus eſt, præter eum qui humanæ indolem naturæ, virtutumque & vitiorum cauſas habitumque, ſimul quæ media ſint atque indifferentia, perſpexerit penitus? ſic quoque more boni & prudentis Medici, quibuſdam ſtatim occurrit: ne late ſerpat malum, & ſero quæratur remedium. alia differt: dum ingenia miteſcant, & morum aſperitatem ſapientia emolliat. hæc ne irritet pœna, conſilio diſſimulat. illa quæ ſe tractari ſinant, pro modo exempli utiliter emendat. Interim quantula eſt legum innocentia in comparationem præceptorum juris! Separavit hæc prudentiſſima Ars a ſuis regulis: volens, præcepta eſſe conſilia ſapientiæ: docere, ſuadere, nihil cogere, non minari pœnas, præter divinas; in his quoque pœnitentiam adgnoſcere in primis ſinceram. at leges regulaſque imperare, vetare, punire, permittere: non di-

ſputare, non conſulere, non donare ne pœnitentiæ quidem, etſi veræ. ita has, quatenus manu valent, malis & noxiis actionibus mederi. illa mentis puritati ſtudere: nec modo quod licet, ſed in primis quod decet, id eſt, quod pietati, verecundiæ, juſtitiæ, liberalitati, fidei, virtuti denique & honeſtati convenit, ſuum putare. quod quid eſt? niſi, ut ille ait, veram, non ſimulatam Philoſophiam affectare?

Sed quanta Arti a ſapientia laus eſt, tanta ei venit a cæteris humanitatis ſtudiis. ſcires, eſſe eorum qui ingenii cultum rebus attulerint in tribunalia, in Senatum, ad Principem. adeo vix diſcerno, quo præſtent maxime: dignitate, an verecundia: negotiorum peritia, an diligentia: doctrina, an ſermonis cura atque elegantia. Non faciam fidem rei certæ & liquidæ. quis ignorat, Juriſprudentiam partim verborum interpretatione, partim rerum atque utilitatum diſcrimine occupari. ponamus ſaltem teſtamentum aut contractum, aut ſi mavultis, legem, edictumve. nonne, ſi obſcura ſit loquentium mens, quid ſenſerint, ex eo quod dixerint, expiſcari cogimur? miramur igitur, cum ad rerum & verborum origines ac ſignificationes quas aliquando mutat, ſæpe obliterat longa ætas, & loquentium uſus, multa ſint a Grammaticis ſubtiliter eruditeque excogitata, ac tradita: eam eſſe gloriam Juriſprudentiæ, ut ejus ſtudio induſtriaque plura adderentur.

Jam ſi quem capiat laudabilis impetus noſcendi Populi Romani munera, mores publicos, privatos, veteres, novos; ſi ſobrietatem, luxum, delicias, elegantiam, in Urbe, ruri, in ædibus, villis, hortis, in nuptiis, funeribus; alibine uberior hujus doctrinæ fons, aut copioſior materia, quam ubi de his ex teſtamentis, codicillis, pactionibus, negotiis omnis generis lites & juris quæſtiones exercentur. Sed eſt incredibile, quantopere hæc & alia Pandectarum Fragmentis, & utriuſque Codicis, cum Theodoſiani, tum Juſtinianei Conſtitutionibus illuſtrentur. Non repugnem, AA, volenti, Juris Civilis Corpus appellare ſacrarium vel theſaurum omnium quæ domi, quæ foris, quæ privatim, quæ publice, bello, pace, in judiciis, in jure, in Senatu, in comitiis, apud Principem, ſapienter, aut temere, facta ſint a ſummis, mediis, infimis.

Veriſſima hæc eſſe, videtis, AA. nec putate tamen, me agere; ut unum vobis hoc obtrudam Corpus: quod alibi ſit honeſtæ & eruditæ elegantiæ, ſordere aut ſupervacuum eſſe opiner. Non eſt hoc mihi conſilium. cum commendo & laudo noſtra, cætera non contemno. nimis cerno, quam arcta, & ſuavis ſit omnium artium ad bonam mentem enitentium cognatio, invicem ſe non ornans tantum, ſed juvans quoque. quod res eſt, volui, expoſita varietate doctrinæ quam ambit hæc divinarum atque humanarum rerum Sapientia, vos ejus amplitudinem, utilitatemque intelligere, & tam multiplice moveri venuſtate, ut affectetis viam, qua ad ejus apicem prudenter, cito, feliciter, contendere & evadere debeatis: hoc tempore quo ſerc per incerta atque avia ætatem vagatur: quia præſtare credit aliquorum ignorantia an ignavia, quiddam, quod ajunt, ſimplex, & ad uſum ſpectans, doceri; quam Veterum exemplo, ad eam cum decoro ſcientiarum comitatu venire: dubito, utrum magis ſtulte, an impudenter. Non minus utile fuerit, vos meminiſſe, pulcherrimam hanc Artem non eſſe natam uno aut altero die; neque ab unius ingenio, eademve opportunitate profectam: ſed pro Reipublicæ moribus, commodis, difficultatibus ſenſim eſſe auctam: ne ſemper quidem eodem perduraviſſe ſtatu: ſed ut ventis adſpectus nubium, ita fortuna publicarum privatarumque rerum ſæpe variatam atque inflexam fuiſſe. Plura adderem: niſi intelligeretis, referre Artis per tot ſecula, per tot caſus jactatæ, ejus fata atque inclinationes bona fide comprehendi curatiſſima obſervatione temporum quibus quid juſſum, emendatum, abrogatumve ſit: neque magis abſtineri a vetuſtis, quam a novis quibus illa mutata aut temperata ſint, oportere.

Igitur (quod dignum eſt Artis majeſtate) ſinite, eam quibus crevit opibus, quibus per omnem terrarum orbem poſt tot ſecula in Foro obſervari, & in Academiis doceri meruit, iis retineri. conſtat illa, quanta quanta eſt, partim legibus ac moribus Populi Romani, partim communi omnium hominum jure. igitur pro ſe quiſque advertat, quæ Jus Gentium & communis præcipiat ſenſus. deinde, quæ fuerint Legum, Senatuſconſultorum, Edicti perpetui verba; quæ reſtitui poſſint, quæ amiſſa videantur: quis auctor, quis ordo, quæ ratio, quæ ſententia fuerit: quæ ad hæc Veteres ſuis quiſque libris & temporibus annotaverint: quæ Reſcriptis aut Conſtitutionibus ex rigore laxaverit benignitas Principum: quæ in Pandectis aut Codice conjungi; quæ ſeparari ſuadeant locorum Inſcriptiones aut Subſcriptiones: quæ præterea ex Veterum moribus & ſtudiis, ex linguæ uſu, poſtremo ex omni antiquitate illuſtrari poſſint: quæ fuerint ſectarum diſcrimina, quæ veſtigia reſtent; quid regula Juris, quid adverſus eam pro communi utilitate receptum ſit: quid recte, quid ſecus, fecerit Tribonianus: quæ ſcripturæ, quæ interpunctionum ſit fides, conſtantia, aut varietas. Pergite hoc itinere ſeduli atque aſſidui; & Juriſprudentiam, non umbram invenietis. parum illudet vobis Interpres imperitus & nimis ſecurus. melius cum Veteribus deliberabitis de reſtituendo ad veterem elegantiam inſtrumento Populi Romani, an orbis terrarum pulcherrimo. Hæretis & ſtatis, quia non videtur labor veſter

ter ſuffecturus inveſtigando amota? erratis. non, ſi quædam diffluxere temporum injuria, eo de univerſis deſperandum eſt. multa tempus abſcondit? multa detexit. ignavi ſumus, ſi non & nos ſequentibus prodamus aliquid, ut a prioribus accepimus. at enim metuitis tramites, & viam alicubi moleſtam. nempe, quæ virtutis via eſt, planam & jucundam creditis. quid, ſi virtus aſpera ſectatur & difficilia? ſed contra annititur, & duritiem, ſi quæ eſt, induſtria mitigat. imitemur exemplum: arbitrati, niſi quod Natura vetat, nihil eſſe arduum aut invium. igitur tales mihi date: & quam deſideratis, vobis Juriſprudentiam dabo. hanc vero cum dico: divitias, decus, gloriam vobis ſupra caput eſſe, atque in oculis poni, credite. ſi enim rem recta putatis via: ſemina eſtis poſita hunc in locum, velut publicum orbis plantarium: unde ubi veſtra ſic adoleverit ſcientia, ut ad juvandam rempublicam utilis atque idonea videatur, ad ejus partes, tamquam ad pomarium amœnum ac fertile, transferamini. quin igitur expergiſcimini, & ſurgitis, & quod offertur vobis publicum & privatum jus tam civile, quam gentium, velut rem omnium communem, occupatis. nunc maxime, cum viget flos ætatis veſtræ, aptæ ad diſcendas artes honeſtas & decoras. non eſt, quod circumſpiciatis duces glorioſi conatus: quibus ſuppetunt tot mei Collegæ Clariſſimi & Eruditiſſimi: parati, in vobis exprimere viros doctrina ac ſapientia eximios: qui aliquando humanam conjunctionem conſilio regere, judiciis tueri, ac legibus moribuſque emendare poſſint. hos inter ſi vel mea non inutilis videbitur tenuitas: numquam a vobis aberit animus meus. me ſpectate; & hanc dextram accipite, quod meum eſt, veſtrum futurum.

Finis Diſſertationis primæ De Civili Prudentia.

GERAR-

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

DISSERTATIO SECUNDA

DE

CAUSIS CORRUPTÆ JURISPRUDENTIÆ,

Habita Ultrajecti ad Rhenum Prid. Id. Febr. A. MDCLXXXIV.

Neſcio, qua re fiat, AA: ut qui hanc virtutis & honoris ſedem tantum quod aliqua cum fiducia conſcendi; ex templo animum horrore concuti, membra trepidare, conſtantiæque meæ rigorem laxari atque infringi ſentiam. Si ad me, ſi ad vos ſpecto: quam dicam tantæ, tamque ſubitæ, cauſam perturbationis? Num deprehenſum re nova aut inopina hac actione, hoc loco, hoc tempore? At ex uſu Academiarum in quibus Juriſprudentiam ſum profeſſus, ſæpius publice verba feci. Nec jam poteſt in tanta civitate ille ornatiſſimorum atque eruditiſſimorum hominum confluxus pro concione primum dicturo inexſpectatus accidere. Non magis debet auſpicanti dignitatem, mihi ab Ampliſſimo Ordine pridem oblatam ex communi omnium voto, terrori eſſe ipſa qua motus, Ultrajecto Friſiam mutavi, publici de me judicii conſcientia. Ego tamen quo magis hæc cogito, & quæ præterea ſunt mei honoris cauſa facta; eo magis mens animi mei præſtringitur: nimis intelligens, unius horæ momento in periculum deduci non hujus modo orationis eventum, ſed etiam omnis fructum exiſtimationis quam mihi qualicumque induſtria ab aliquo tempore comparavi. Impetraveram nimirum a Republica Friſiorum ampla & magnifica: ut eſſe aliqua mea exiſtimaret ſpecimina: hujuſque rei quæ adferam documenta, præter prolixam munificentiam qua me huc iterum publice invitatum, iterum proſecuta eſt. etiam tertium, niſi me victum cœli ſolique hujus ingenio, amœnitate, elegantia ultro monuiſſem, proſequi voluit. Sed illa qua eſt magnanimitate, quidquid a ſtudiis literarum commendatur, ſua benignitate non indignum arbitratur. Ego vero hoc publicæ indulgentiæ privilegium fato debeam, an meritis doctrinæ meæ: timeo, privata voce definire: cui difficile ſit, non accedere Reipublicæ de me benigne ſentienti; & rubori, admittere honorem cui poſſim impar videri. Ut ut erit: illic poterat mihi ejus reputatio præjudicii aliquam præſtare ſecuritatem: hic novo honoris proceſſu incertam experiar fortunam. ita fuerit mihi aliquamdiu & jucundum & decorum duorum Illuſtrium Populorum de me certamen: quo tamen diligentius alter egit, ut me haberet; alter, ut retineret: eo magis nunc laboro: ſuſpectis ſapienti bonis ultra vota fluentibus. Sed quid ago? quid molior? jacta alea, tarde damnem conſilium, quod mutare non poſſim; nec, ſi poſſim, optem. Veſtram certe, AA, indolem æque ad officia humanitatis, atque ad literarum gloriam inclinatam, cum mihi atque animo meo repræſento: eſt quo me conſoler ac confirmem: in hoc muneris mei ingreſſu, pro captu ingenii, vobis faventibus, ut ſpero, ſine metu frigoris dicturus de cauſis corruptæ Juriſprudentiæ.

Id placuit argumentum: nec, opinor, eſt elegantior atque inveſtigatu dignior quæſtio, quam illa; cur, ubi priora tempora nominibus tot excellentium Juriſconſultorum inclaruerunt, noſtrum potiſſimum obſcurum atque ignobile, vix paucorum lumine & gloria illuſtretur. quippe rara ſunt, poſt hominum memoriam, a Juriſprudentia cum notabili laude profecta. putes, pleroſque tædere Artis quam profitentur: & quod doctiſſimo cuique, aut regenda civitate principi, propter inſignem ejus æquitatem, variamque ſapientiam, ante ſanctum ac venerabile erat Juris Romani nomen, cum maxime videri ſupervacuam, atque alienam ab omni non ſolum doctrina atque elegantia, ſed a communi quoque uſu ac vita, ſubtilitatem præferre.

Si tamen publice placuit, Jus Civile adhiberi in judiciis; ſi doceri in Academiis; ſi tot ſeculorum fide & periculo in hoc, velut commune gentium nationumque jus, obſtinate conſenſum eſt: date, quæſo, majeſtati Reipublicæ, & venerationi orbis, & temporum experimento: ut hanc artis noſtræ contumeliam non ejus ineptiæ, ſed inſcitiæ non aſſe-

Digitized by Google

aſſequentium imputetis: quin, ut legum vigor ad Reipublicæ ornamentum, tranquillitatem, ſalutem denique pertinet: ita earum ſcientiæ tanta videatur ſive fortuna, ſive prudentia fuiſſe, quanta fuit Æterna Urbs in latiſſimis imperii finibus ac copiis cum inveniendis, tum per tot ſecula retinendis. Quod ſi, ut par eſt, impetravero; tantum abeſt: ut Ars noſtra ſit tenuis, jejuna, & ſubtiliter nugax: ut ne fuerit quidem umquam inventum otioſorum hominum. Sit aliarum fatum ſcientiarum; ut ſint de ſchola; ut multis doceantur verbis & eruditis, nec tamen intelligantur, minuſque ſubſiſtant intra finem uſumque humanæ tenuitatis: hæc eſt prærogativa Artis noſtræ: quod rebus debetur, quod originem & cauſam traxit a neceſſitate humanæ conjunctionis: cujus utilitatem quæ ſumma eſt & honeſtiſſima ſine exceptione, ſibi proponit juvandam tuendamque. at vires in comitiis atque in Senatu accepit: formam in foro adepta: poſtremo eſt in conſiſtoriis Principum perfecta. ita non affectat ſapientiam quam uſus & civilis ratio adſpernetur: ne adſurgit quidem ultra humanum modum. uni ſervit communi vitæ, & quam profitetur diligentiam, publicis privatiſque commodis metitur: paſſim juſta, æqua, modeſta: non mollis aut effœminata; ſed neque fera aut aſpera; ubique mortalis memor conditionis, legum ſeveritatem comi benignitate prudenter temperans. Sed lex totius civitatis quaſi mens eſt: legis autem præcipuum decus ratio, omnis divini atque humani juris auctor: rationis porro ipſius lumen eſt Civilis Sapientia. cujus gloria quo magis declinavit: eo juſtior fuerit diſputatio quæ ejus mali cauſas inquirere; & repertis, tandem remedia circumſpicere poſſimus.

Niſi veriſimile ſit, rerum Naturam conſeneſcere, aut hominum ingenia decoquere, & ad adquirendam retinendamve Artem qua adſtringuntur vincula humanæ ſocietatis, imidonea fieri. Sed quis id ſerio cenſeat: incidentibus quotidie novis atque immanibus cæterarum artium incrementis? Non opus omnibus. ſaltem date mihi Sapientiæ partem qua rerum abdita, & Naturæ ſecreta inveſtigantur. ecquando ullum fuit tempus quo adſcendit ad perfectionis laudem ad quam non credimus, ſed videmus, egregiorum hominum ingenio atque induſtria evaſiſſe? Jam ſi Medicina, ſi Aſtronomia, ſi Mechanica, ſi denique Matheſis longius progreſſa eſt, quam quo potuit ſedula & erudita adſpirare vetuſtas: an una tam infelix habenda eſt Civilis Scientia: ut, eum Natura cæteris ſufficiat, ipſi maligna aut excuſanda videatur? Sed deſino, invidiam facere Naturæ: putemus, ubi prioribus jus fuit, vel ad hanc venire; ipſamque non tantum a vulgari & publica intueri parte, ſed ad interiorem quoque & ſanctiorem cura atque induſtria penetrare: nos cum inde arcemur; non modo humani ingenii, ſed ſtudii atque operæ prohiberi. Eſt ea, AA, rerum humanarum conditio: ut his viis quibus inventæ ſunt, facile retineantur: ſin earum pigeat; marceſcant ſenſim & corrumpantur. videte, quæ præſertim celebrantur familiarum aut civitatum vires, opes, copias: eæ quo minus ſtent aut cadant; aliud, præter diſciplinam, efficit? Harum exemplo artium fortunæ utentium moribus variantur; & quem eſſe in noſtra torporem atque oſcitantiam querimur, hic a priſtinæ ſeveritatis ſive ignorantia, ſive negligentia proficiſcitur. quod ſi quis eodem tramite, & pari animi contentione qua præſertim priſcis temporibus uſi ſunt egregii homines, ad illius perfectionem enitatur: dubito, an huic quod ad ſummam pertineat ſcientiam, & homine in Foro excellente, aut in Republica principe dignum ſit, nihil magnopere deſuturum videatur.

Fugit enim vos ratio, AA: ſi exiſtimatis, eſſe vana atque inania ſecutos: ſi cogitaſſe ab omni elegantia cultuque eruditionis & ſapientiæ remota: ſi ſubſtitiſſe circa tenuia & levia, ſi in legibus adquieviſſe verborum aut ſyllabarum calumniis: ſi egiſſe, ut exprimerent aliquem non re, ſed nomine prudentem. abſit. illis ſedebat, ut in vita, ſic in Civili Scientia parum ſublimia aſſequi humilia cogitantes, aut illorum præſumpta deſperatione in plano morantes. ſimul merebatur decore ac religioſe coli Ars rectura leges, id eſt, formas quibus a Natura profecta ratio, in omni vitæ colore agenda, ac fugienda pœnæ comminatione eſſet præſcriptura. Eam igitur ornaturi Artem, ex ſummis opibus & præclaram quærebant ſcientiam, & perfectum juſtitiæ Sacerdotem: qui non legum memoriam, ſed intelligentiam, neque Artis clementa prima, rudia, anguſta, ſed omnem doctrinæ ambitum, ſapientiamque circumferret. ita, me hercle, ſtudebant, omnium divinarum atque humanarum rerum cauſas ac motus ſcire: in primiſque humanæ jus conjunctionis, ejuſque originem, vim, atque utilitatem: inde boni & mali, juſti atque injuſti, honeſti ac turpis rationem, gradus, diſcrimina: poſtremo, quid jubeat, quid vetet, quid in medio relinquat Natura, explorare, cognoſcere, intelligere: nec minus Geometriam, Dialecticam, & literas politiores, atque antiquiores attingere: Latinique ſermonis uſum ac proprietatem: tum principis Populi mores cum privatos, tum publicos, quibus crevit, quibus adolevit, & tandem eo magnitudinis ſurrexit, ut mole ſua laboraret, propriiſque viribus conſumeretur, memoria atque animo complecti. His opus erat illi qui vere atque ad publicam utilitatem, pro dignitate muneris atque officii, apud cives, ſocios, hoſtes, in otio, in negotio eſſet reſponſurus de jure belli & pacis, de rebus divinis atque humanis, maximis, minimis, publi-

cis, privatis, aliquando ex Naturæ, plerumque ex civilibus legibus quam recentibus, tam vetuſtis: in quibus temporum injuria antiquos mores, voceſque ſæpe deleverat aut inumbraverat: cum his moribus vocibuſque jus atque æquum, id eſt, negotiorum, fœderum, legum vis ac poteſtas contineri ac prodi videretur.

Nec tamen ad ſcientiam illam nudam, etſi variam atque amplam, conſiſtebant. paraturi ſe actui rerum, ſatis intelligebant, Artem civilibus officiis præſidem, inſpectione inſtrui, diſponi, perfici; exercitatione conſummari atque abſolvi: alteram cauſas, alteram rem oſtendere: alteram ingenium, alteram Judicium formare: utramque alterius ſocietate creſcere; neutram ſine altera valere, excellere. ante omnia igitur quærebant uberis ac copioſæ opes ſcientiæ. deinde ei uſum atque exercitationem adjiciebant illuſtrium virorum affectatione & comitatu in judiciis, in concionibus, in conſiliis, denique graviſſimarum rerum domi, foriſque tractatione. Sic, cum ingenium atque artem non minus experimentis atque exemplis, quam præceptis alerent ac confirmarent: cedo, an fieri potuit; ne illis ingens atque admiranda obveniret ſapientia, facultas, conſtantia: qua in judiciis avaritiæ, ſuperbiæ, calumniæ occurri: qua in republica utilia ſervari, aut recipi, contraria abrogari aut occupari, qua denique felicis ſeculi luxuria coërceri, qua adverſæ fortunæ impetus inhiberi, retundi, atque infringi poſſet?

Talem vetuſtas refert Catonem, Porciæ gentis principem, agricolam ſolertem, reipublicæ peritum, Juriſconſultum, magnum Imperatorem, & probabilem Oratorem, & cupidiſſimum literarum fuiſſe. Talem Sextum Pompejum, præſtantiſſimum ingenium contuliſſe ad ſummam Juris Civilis, & ad perfectam Geometriæ, & rerum Stoicarum ſcientiam. Mitto alios: quid Antiſtius Labeo, vir ingenii non minus liberi atque incorrupti, quam terſi & exercitati? his artibus & ſtudiis, quæ non tentavit, quæ non effecit, quæ ſecus accepta, non ſolerter prudenterque innovavit, quæ invia aut impedita non feliciter perrupit aut expoſuit? Salvius vero Julianus, ille ætate ſua ſapientiſſimus, & inter tot nobiles atque egregios homines viſus Hadriano non indignus cui Edicti perpetui compoſitio emendatioque commendaretur, auſuſne fuiſſet tantæ vetuſtati, & præſertim diligentiæ Servii, Ofilii, Labeonis, qui idem vel ſimile cogitaverant, detrahere aut addere: niſi longus uſus & immenſa antiquarum novarumque rerum ac verborum doctrina ei feciſſent fiduciam conſummandi canonis ad quem Artem deinceps exigerent ſapientes; & in communi vita ſuum quiſque jus metiretur? Jam quibus artibus tibi impetraſſe videtur Æmilius Papinianus, Præfectus Prætorio: ut in Jure Civili Deus haberetur, & æternitati feriis anniverſariis conſecraretur, ab eoque ſtudioſi juvenes Papinianiſtæ tertio laborum anno appellarentur? Ejus quoque auditor Domitius Ulpianus, Alexandri Severi tutor, Aſſeſſor, Præfectus Prætorio, cujus etiam in conviviis, in balneis, in ambulationibus eruditi ſermones, & eximiæ verborum obſervationes laudantur, nonne late patentis imperii, monſtroſa Heliogabali nequitia, ſocordia, turpitudine non labentis, ſed præcipitis, pondus ſuſtinuit, & veterem diſciplinam magno animo, parique ſapientia optimo publico reſtituit? certe Alexander eo quod Ulpiani conſilio uteretur, fuiſſe ſummus Imperator memoratur. Sed ego, quoties aut viri illius aut cæterorum Fragmenta legi, quid primum, quid poſtremum, quid plus, quid minus admirarer, non inveni. quærebam in ſtilo elegantiam, ſimplicitatem, dignitatem? nil poterat elegantius, ſimplicius, gravius haberi. ſectabar in interpretando, diſputandoque ſubtilitatem, prudentiam, induſtriam, humanitatem, verecundiam? dubius eram qua virtute ac facultate tanti viri, tot negotiis impliciti potiſſimum valerent. adeo non judicio doctrina, neque doctrinæ juſtitia aut providentia, neque his omnibus modeſtia, cura, ac diligentia cedebat. poſtremo quid diſſimulem, videri mihi de cœlo demiſſos qui publici privatique Juris cuſtodes, an conditores eſſent?

Simpliciter loquor, non jactandi cauſa, neque quo laudem viros laudatiſſimos. ſunt illi ſua contenti fama. mea non egent commendatione. volui tantum indicare tenorem diſciplinæ qua poſt tot ſecula, cum neque eſt pretium adulationis, & ceſſat invidiæ cauſa, ſervarunt ſapientiæ atque eruditionis gloriam. a qua hæc ætas quam longe abeſt! utrum rerum, an noſtro vitio? piget dicere: eſt tamen dicendum. quotus enim quiſque ad Civilem Prudentiam hoc tenet iter, aut ſe hoc impetu, & perſeverantia movet? Olim illa ubi omnium oculis atque animis auguſta & magnifica occurrebat; & videbatur domi, velut ex oraculo, reſpondere; in foro cum admiratione ſtare; in judiciis aut tribunalibus cum dignitate adſidere aut præſidere; & in Populi comitiis, in Senatu, in Principum conciliis quanta cum majeſtate non jam de unius hominis, municipii, provinciæ cauſa, ſed de totius imperii jure publico ac privato, id eſt, de humani generis ſalute cenſere & decernere: optimum quemque ac gloriæ maxime ſtudioſum ad ſui venerationem accendebat: ei futura non minus ornamento, quam majorum imagines & curules geſti magiſtratus. Nunc deformis, inops, nuda, & pannis anniſque obſita, non veterem dignitatem, non ingenuitatem ſatis tuetur: magis ad quotidianas capturas proſtituitur. miramur igitur, æque bonis atque ignavis vileſcere; tantumque plebeja humilitate cenſeri?

Sed ego, AA, hanc eſſe conjicio cauſam corruptæ Juriſprudentiæ primam ac præcipuam:

Digitized by Google

am: quod paſſim credimus, eſſe ignobilem; & Juriſconſulti ampliſſimo nomine non deſignamus illum divinarum humanarumque rerum ſapientem, & publicis privatiſque negotiis gerendis utilem atque accommodatum; ſed cauſidicum neſcio quem, ſibi ex obſcura & tenui ſcientia non honorem, ſed præſertim exiguæ emolumentum mercedis proponentem. qui ſic imbuuntur, poſſintne hi ſibi permittere: ne ad Juriſprudentiam quaſi ad artificium ſordidum atque illiberale accedant? utve eam velut publicæ & pro hominum ingeniis ac temporum occaſionibus mutabilis & variæ utilitatis intelligentiam, ut decet, per ætates, atque incrementa diſtinguant: quam intuentur velut imbrem de cœlo eodem delapſum impetu, aut tamquam fungum e terra natum proxima nocte? hinc ante, quam audituri Populi Romani leges, animum & pectus impleant ſtudiis ſapientiæ atque humanitatis, aut peritia juris naturæ & gentium? hinc in cognoſcendos Urbis mores veteres, recentiores, publicos, privatos, inque ediſcendum ſermonis Latini uſum ac proprietatem tantillum olei impendant? hinc ſe præparent ſic: ut auſint, de ipſa judicare Juriſprudentia? ut, non dicam Interpretibus doctis, indoctis, ſed ipſis Juris Architectis de veritate movere controverſiam ſuſtineant? non facient. imo quemadmodum ad has illoti atque inculti accedunt: ita ſe valde eruditos beatoſque exiſtimant, ſi quæ brevia Artis compendia vix comprehenderint;. & definitionum ac partitionum actionumque ſolemnia carmina memoriæ mandaverint; Artemque late porrectam, in anguſtas tabellas, paucaſque & ſæpe ineptas quæſtiones coarctaverint: imperite confuſis legibus, moribuſque omnis loci, omnis ævi, Civilibus, Pontificiis, Patriis, indolis ſubinde diverſæ aut contrariæ. Cæterum, ſi quid recto animo tendat ad ingenii famam: ſi nullius auctoritati donet fidem Juriſpudentiæ: ſi cuncta ſerio cognoſcat, excutiatque, adhibita ope hiſtoriæ, & temporum diſcrimine, ſimul ratione civili & naturali: ſi leges moreſque Romanos potius Romanis, quam neſcio quibus peregrinis & barbaris moribus ac verbis interpretetur: id neque eſſe juſti ſaporis, & infra gravitatem Juriſconſulti conſiſtere, ac potius ad ineptias Grammatici aut Philoſophi accedere ſibi perſuadeat: multoque magis ridiculum videri, ſi quam ſcripturæ formam abſurdam atque inextricabilem exigat ad diligentiam manuſcriptorum, editorumve dudum librorum: ſi (quod majoris artis atque induſtriæ eſt) ingenii felicitate luxata reſtituat, vitiata atque affecta detergeat ac ſanet: ſi Siglorum Notarumque ænigmata quibus corrupta atque adulterata ante & poſt Juſtinianum fuere Veterum ſcripta, verecunde conjiciat: ſi interpunctiones quas antiquitas ignoravit, recentior cura invenit, Librariorum ſocordia ſæpe turbavit, in locum ſuum quaſi manu reducat: ſi gloſſas, & varias lectiones quæ alicubi vi, clam, aut precario irrepſerint, tamquam interdicto de injuſta poſſeſſione dejiciat: ſi lacunas quas longa ætas, quas Compilatorum ſecuritas, quas Librariorum ineptia fecit, ex Juriſconſultorum Fragmentis, aut Theodoſiano Codice, aut Græcorum auctoritate ſuppleat atque adducat; ſi totam Pandectarum fabricam contemplatus, Juris mutationes, inclinationeſve atque incrementa inſignia & notabilia, tum quæ reſtent ſectarum pugnæ, quaſque vetuſtas compoſuerit, obſervet: ſi in his quædam Juris regulis, alia præceptis accenſeat: ſi argumenta a contrario atque a conſequentia in pleriſque Pandectarum locis, itemque in Reſcriptis Codicis fieri præter auctoris mentem, eoque fugienda eſſe, arbitretur; ſi inveniat viam qua Leges, Plebiſcita, Senatuſconſulta, Prætorum Edicta concinnari, & his Veterum Fragmentis pro commentariis, qualia multa fuere, fido Inſcriptionum indicio aptari; dubia conſtitui; interpolata deprehendi; divulſa ac lacerata conferri, jungi, adunari; fugitiva detegi, lociſque ſuis reddi: qua denique legum momenta magis ratione, quam pictis in pariete nebulis nugiſque gubernari poſſint: omne id pene nimiæ, ac miſeræ, & ſtultæ diligentiæ eſſe, opinantur: ſane ut ad verum admoveatur, tamen neque tutum videri, neque uſu venire, & dediſcendum eſſe, ubi ex umbra in ſolem & pulverem atque adeo in aciem deſcendendum, ibi ſeculi moribus, & novo atque inviſo orbe utendum ſit. perinde quaſi tutum ſit quod non ſit verum; aut quod pro jure ſcripto obſervetur, recte intelligi, inutile ſit; aut tantum inſulſa uſu placere atque obtinere poſſint.

Clara hæc & certa eſſe, non ſentitis, AA? verum multi aut inertia, aut ignorantia, aut ſpe mercedis, & ambitione frequentis auditorii adeo tranſverſi aguntur: ut nihil penſi habeant, cum ſuis auditoribus quotidie conſimiles miſcere fabulas; hiſque ignaviæ ac deſidiæ illecebris pulcherrimam ſubvertere Artem; &, quod indignum eſt, animos juvenili credulitate fluxos atque obnoxios corrumpere, in primiſque parentum vota, & reipublicæ ſubſidia fruſtrari. aliudne efficiunt hac verborum ſpecie ac fraude? quam ut juvenes egregiæ ſpei atque indolis, dum in Academiis non audiunt veteres leges, neque bonos evolvunt auctores, neque per ſtudiorum gradus ad præclara quæque & ſublimia educuntur, neque ad verum atque honeſtum laborem exercenter, ætatem ſtudiis aptam ac devotam, luxu aut otio conſumant, atque ex his egreſſi ſpatiis, & ſui juris facti, deinde in ea quæ ante non audiverint, legerint, didicerint, inquirendi neque libidinem habeant, neque copiam, adeo ad ſenectutem nihil

præcipuum adferant præter ſtultitiam & pœnitentiam.

Atque hic ignavus, & ſordidus animus, ſi Deo placet, adhuc tegitur prætextu communis infirmitatis. an quid frequentius auditur, quam viam illam veterem ac regiam eſſe præruptam, aſperam, obſcuram, longam, moleſtam; vix a paucis etiam ſedulis atque ingenioſis multa lucubratione & immenſo labore abſolvi. hanc vulgarem & compendiariam contra eſſe planam, rectam, commodam omnibus, ne ſegnibus quidem & væcordibus inſuperabilem: brevitatem vero ejus convenire fragilitati humanæ conditionis: ſuadentis, feſtinari ſtudia; ut fructus percipiatur; & quo plures aut libidine aut ingenii tarditate tempus ac laborem perdunt, eo tutius conſiſti in modicis & ſimpliciſſimis, iiſque ad Juriſprudentiam quam citiſſime, tam certiſſime perveniri. Sed, per Deum immortalem, vos ego appello, vos, inquam, qui ſic ſentitis: quando de hominibus tam male meruit Natura; ut in tam multa & præclara natis ingenium qua ea aſſequantur, negaſſe videatur? potius putemus, eam ut avibus celeritatem, canibus odorem, lupis ſævitiam, ita nobis mentis ſolertiam indulſiſſe? quod ſi lubet, homines cum hominibus conferre: fateor, diſtinguit eos fortuna opibus, natalibus, honoribus: interim quid tam æqualiter inter eos diſtributum, quam bona mens? itane? videamus pleroſque. nonne, ubi adoleverint paululum, ſunt ad rogandum faciles, & ad diſcendum avidi atque idonei? jam in ipſis infantibus nonne divini ſpiritus ſcintillæ, & velut conamina emicant? quæ ſi paulatim extinguuntur: utrum cultura peccavit, an Natura? ego hanc culpa abſolvo: & ſtultos aut ineptos, perinde ut inſignes ad deformitatem, aut monſtroſos ac prodigioſos, præter hominis naturam, naſci interpretor. igitur ſiant laborum gradus: & quod rebus inanibus (ne quid pejus dicam) datur tempus, impendatur Civili Prudentiæ: quid non ferant hominum humeri, & virtute duce generoſa indoles non profliget?

Sunt tamen qui naufragium faciant. Ut hoc verum ſit: (quid enim eſt ab omni perfectum parte?) ideone deſerenda tibi videtur bona mens: quia non ab omnibus, etſi diligentibus, adquiritur? non dices: cenſeo. nam aliquando & culturæ non ex voto meſſis reſpondet. ſæpe etiam navigantis ſpem tempeſtas interpellat. quis tamen idcirco agros ſuos negligit? quis minus ſtudet rei maritimæ? nemo. cur igitur ab ornanda colendaque ſerio Juriſprudentia abſterreamur eo: quod ad eam virtutis via graſſatus aliquis, ſpe ſua excidit? Etſi id paucis contigit. plures hac præclaram obtinuere ſcientiam, quam qui vulgarem & compendioſam iniere. qui mihi tum quoque, cum in portum ſuum pervenere, ac ſperata aſſequuti ſunt, id eſt, tenuia & vilia, videntur naufragium feciſſe; cum is qui ſumma petit, ſi ad ea venit, nil ſuperius habere poſſit: ſi non huc venit, tamen ad ſecunda admiſſus, ſummis proxima adipiſcatur. Tantum refert in hoc ſapientiæ curriculo, utram viam ingrediare! nec deinceps quærat ſapiens atque intelligens, a quibus quanta opera ſuperetur: ſed quo uſque egrediatur. quid, ſi ne ipſa quidem illa vetus & regia via tam difficilis & præceps eſt, quam imperitis videtur? quemadmodum enim montem, ita illam e longinquo proſpiciens, abrupta & præcipitia ſe videre omnia, oculorum errore atque infirmitate exiſtimat: quo autem propius ei admovetur, hoc magis diſtinguuntur locorum ſpatia atque intervalla: & quæ ante præferebant ardui imaginem, nunc erigunt lenes & faciles clivi: in quos ubi ſenſim, ac velut de gradu in gradum adſcenderit: vix dici poteſt, quam alteri ſit jucundum, inde patentes campos, alteri ſapientiam planam atque apertam, & ultro ſe oculis atque animo ingerentem, neque tenebris aut nebulis involutam ac circumfuſam contemplari. magna ſane cum voluptate, nec minore utilitate ſentiet, quam omnes gentes agat una Naturæ lex æterna atque immutabilis: at civilia jura paſſim diverſa, ſæpe contraria ſcribantur: neque ſemper eodem perdurent modo; ſed pro temporum moribus, & reipublicæ formis, & inſequentium utilitatum rationibus ſæpe mutentur. jam quam jucundum ſpeculari, Duodecim Tabulas, & in his leges Regias, breves & plenas antiquæ ſeveritatis, ſed in magna Populi paupertate, & integro atque incorrupto adhuc ævo, prudentiſſime ſcriptas? quam ſuave videre, eas deinde aliis atque aliis legibus abrogari, aut reſtitui palam: aut Prætorum Edictis annuis mitibus & popularibus, adhibito plerumque colore aut fictione atque imagine verborum, temperari, eludi, mutari? quam amœnum, ex his veluti fontibus & rivulis deprehendere productas Legis actiones, & Fori diſputationem in qua Ælii, Claudii, Bruti, Mucii, Aquilii, Sulpicii, Trebatii, Antiſtii, Ateii, Sabini, Caſſii, Proculi, & reliqua ſeculis veneranda nomina, regulas Juris definiunt: quibus Legum ambiguitatem regunt, anguſtias ampliant, latitudinem reſtringunt, duritiem mitigant, denique efficiunt: ut auctis publicis privatiſque opibus, & (ut fit) mutatis per has moribus, leges veteres pati potuerint mollia & felicia tempora. Dies deficeret exequenti ſingula: in quibus licet animo via ducto tam pulchra, ſumma cum voluptate exſpatiari. itaque jam nihil dicam de Senatuſconſultis, nihil de Principum Conſtitutionibus, ſive velis Edicta, ſive Decreta, ſive Reſcripta: in quorum poteſtatem, poſt Gordianum, (incertum ſublata, an neglecta Fori diſputatione) tandem omnis Juriſprudentia conceſſit. Nec tamen ſilebo; illam Reſcriptis ac Decretis adeo non fui-

fuiſſe obnoxiam: quin hæc utpote ad factum ſpectantia, niſi in formam Conſtitutionis converſa, aut uſu firmata, aliquando improbarentur, utique Legum auctoritatem non peræque haberent. Sed de veteris diſciplinæ amœnitate ac facilitate ſatis.

Adhuc metus eſt, AA: ne longior ejus via ſit; & feſtinanda in iſta vitæ brevitate ſtudia videantur. Scilicet, fallit vos ambiguitas vocabuli. quæ feſtinatio dicitur, mora eſt: & quod compendium vocatur, ſapientiæ damnum eſt. vitam autem plerique non inveniunt brevem, ſed faciunt; & hominum vitium Naturæ imputant. quod ſi his eſſet tantum bonæ mentis ſtudium, quantum ſæpe vanarum rerum & noxiarum: profecto vitam bene collocatam, eſſe ſentirent longam, & Artis perfectioni ſufficere: nec proclamarent, ſe rerum multitudine ac difficultate detineri, aut opprimi. nunc corpori indulgentes, animi cultum negligunt, & quæ ſapientiæ circumſcriptio eſt, feſtinationem indigitant. tamquam apparatus idem ſit conſummationi, & maturitas cruditate cenſeatur. at confundimus rerum vocabula. qui diſcit, prima ducere corporum lineamenta rudi penicillo, non appellatur pictor: nec magis primas intelligens literas, abſolviſſe doctrinæ orbem dicitur. & audemus, Juriſconſultum primis Juris elementis æſtimare? ſcio, neceſſaria eſſe ad alia ituris. at nec literis carere poſſumus. ut tamen harum peritia non adquieſcit ſapientiam affectans: ita nolim, Juris Studioſus ejus Inſtitutionibus aut ſimilibus Artis compendiis ſatis ſe inſtructum arbitretur. plane legat & habeat illa: ad quæ tamquam ad fixum & certum ſidus in vaſto mari curſum regat. nec tamen deſinat, ſpirare altius: quin poſitis enarratione Inſtitutionum totius operis ſive oſſibus, ſive membris, poſt deinde Pandectarum & Codicis lectione apta, diligente, accurata, tamquam nervis ac thoris, maſculum illum prudentiæ vigorem conſtringat pariter atque intendat. Sed quid diſſimulem, AA? quia pleroſque pœnituit præſtantis diſciplinæ: ea re anguſtiis incluſa eſt Jurisprudentia. ex quibus quid ipſi, quid tot eximiis legibus deinceps futurum arbitramini? utinam deeſſent exempla hujus tam juſti metus! at in omnium manibus atque oculis verſatur Titus Livius, etiam Dion Caſſius, uterque florentiſſimus auctor; ſed lacer, ſed hiulcus, ſed quota ſui parte truncatus. quid autem illum imminuit præter Annæi Flori, quid iſtum præter Xiphilini epitomen? jam ſi Polybium, ſi Trogum Pompejum, ſi alios, non excerpſiſſent aut contraxiſſent ſtudioſi homines, fortaſſe integris uteremur; neque in antiquarum rerum memoria tantus hiatus pateret. ac ne hiſtoriam tantum ad teſtimonium vocem, quid eloquentiam perdidit? nonne compendiaria? nempe ubi declamare cœperunt juvenes, antequam inveniſſent vocabula quibus deberent loqui; loquentia facta eſt. mitto extranea. ipſum Julianum, Papinianum, Paulum, Ulpianum, & ut abſolvam, Veterem Juriſprudentiam quid abſtulit aut accidit? nonne compendiaria? Non inficior, Juſtiniane, Sacratiſſime Princeps, multum tibi debere terrarum orbem cui divinorum hominum tot præclara Fragmenta reliquiſti, & antiquam ſapientiam laudabili conſilio commendaſti. ſed pace tua dixiſſe liceat: tu ipſorum opera quæ ætate tua exſtabant, non dicam corrupiſti; id enim durius foret: ſed interim ea corrumpi paſſus es. utique, ubi ex his decerpſiſti flores quos in Academiis prælegi, quos in judiciis allegari, & pro vitæ regula haberi atque obſervari voluiſti, ipſa obliterata ſunt. quæ ſi exſtarent: quantum ad rem literariam conferrent, quantum ad publicam, quis ignorare poteſt? intelligens, quantum potuerint erudita præſtare ingenia, poſtquam illa Theodoſiani Codicis, illa Legum Collationis quæ Licinii Rufini dicitur, illa Ulpiani, Pauli, & Gaji Fragmenta, ne quid de Græcis Interpretibus addam, reperta & luci reſtituta ſunt.

Sed neſcio, quemadmodum ad hæc delapſa eſt oratio mea, ob ea fortaſſis ingrata vobis & inanis. Huc tamen pertinet, AA: ut corruptæ Juriſprudentiæ cauſas intelligatis; & remedia quibus reſtituatur, non alia eſſe, quam quibus inventa olim atque ad illam magnitudinem evecta eſt: poſtremo quæ ex illis reliqua fecit longa vetuſtas, univerſa diligenter ſervanda, & cum licet, adhibenda eſſe: hæc arti dignitatem, hæc ejus cultoribus eruditionem & gloriam addere, exiſtimetis.

Quare agite, ſtudiis devoti Juvenes generoſi & nobiles, (ad vos enim me converto) agite, inquam, & veterem illam ac regiam tenete viam: quam olim Antiſtii, Juliani, Pomponii, Papiniani, Ulpiani, Pauli, cæteraque prudentiæ lumina, nuper Alciati, Budæi, Duareni, Hotmani, Donelli, Gifanii, Gothofredi, & ut omnia dicam, Cujacii ingreſſi ſunt. quod ſi enim exemplis utendum eſt: quibus utar potius, quam his quorum virtus, ingenium, atque immortalis fama omnem jam non laudem exhauſit, ſed invidiam ſuperavit? quod ſi mavultis, ea hac peti ex vita quæ civilis & negotioſa appellatur; foret mihi magna copia etiam memorandi eos quorum doctrina ac ſtudiis vel illa nobilitata atque illuſtrata eſt. ſed abuterer patientia illuſtris concionis. non poſſum tamen, quin vobis allegem Viglium Zuichemum Aitanum, Joachimum Hopperum, Elbertum Leoninum, Hugonem Grotium, & Antonium Fabrum: quorum ſi veram, & non fucatam eruditionem, ſi in Academia, in Foro, in Republica principatum intellexiſtis: ſat ſcio, ridebitis eos qui cum vetere, cumque ea quæ ſuperiore ævo, & hujus initio viguit, præſentem

tem ac languentem Juriſprudentiam comparabunt; aut magnis hominibus modicam Juris intelligentiam ſuffeciſſe, excellentem nocuiſſe, aut moleſtam fuiſſe, proteſtantur. ſed juvet imperitiam prætextus: numquam hoc obtinebit regnum: ut quæ excuſanda fecerit, laudabilia faciat. proinde agite, ſi viri eſtis; & in hanc incumbite Artem qua præclaris ingeniis ſemper licuit, & adhuc licet ad præſtantis fortunæ cultum adſpirare. agite & feſtinate: non ut Civilem Scientiam frenis impediatis, ſed ut multo uſu atque indefeſſo labore ac ſtudio vobis comparetis materiem eximii decoris; ſimul ſic vitæ brevitatem, ſi quæ ſapientiam aut eruditionem circumſcribere videtur, longam ac diuturnam faciatis. atque ego cum vos, cum hanc Urbem cogito: magna mihi eſt ſpes hujus togatæ militiæ. quid enim non poterit illa ætas, atque is vigor veſter, præſertim inſignibus in Foro & in Republica non modo præmiis, ſed & exemplis? quid porro his Collegis meis, veſtris in Academia ducibus, quam eruditiſſimis, tam clariſſimis: quibus certum eſt, vobis iter ad veram virtutem ac ſapientiam aperire, & apertum indicare; ac velut juſtos milites omnibus ornatos armis in caſtra, ſic vos omnibus armatos ſcientiis ad Forum atque ad Rempublicam mittere. Inter quos ſi vel mea quæretur opera: pleriſque ingenio aut eruditione concedam: a nullo induſtria aut ſtudio vos juvandi ſuperabor. ac ſi hoc meo auſpicali die futuræ militiæ conditionem intelligere poſtulatis: non mollem, nec delicatam exſpectate: potius exemplo Septimii Severi, morientis quidem, ſed fortiſſimi & ſtrenuiſſimi Imperatoris, hoc vobis ſignum dabo, LABOREMUS.

F I N I S.

GERAR-

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

DISSERTATIO TERTIA

DE

JURE SUMMI IMPERII ET LEGE REGIA,

Habita in Academia Lugduno-Batava a. d. V. Id. Febr. MDCXCIX. cum Magnifici Rectoris munere abiret.

Tacitus *lib.* I. *Hiſtor. c.* I.

Rara temporum felicitate, ubi ſentire quæ velis, & quæ ſentias dicere licet.

Sæpe miratus ſum, AA, magnos claroſque homines quibus negotium fuit, diſputare de jure ſummi imperii, paria Principi & Tyranno jura adſcribere: cum his nihil æque contrarium ſub hominis æſtimationem cadere poſſit. alter enim volentibus, alter invitis imperat. alter reipublicæ, alter ſibi conſulit. alter legibus ſervit, alter inſultat. alter a cujuſque vita, libertate, bonis, tamquam a rebus ſacris, manus, oculos, mentemque abſtinet. alter ea res ſui juris atque arbitrii eſſe opinatur. alter igitur Deo proximus, ejuſque exemplo de humano genere bene merens, domi foriſque carus, ſanctus, & venerabilis habetur; ad eumque omnes, velut ad ſuæ cauſam ſalutis, non eunt, ſed ruunt: obſtinati, ſe devovere pro illo cujus ſpiritu ſe conjungi, regi, ac valere, ſentiunt. alter publico natus malo, nullis utilis bonis, omnibus pernicioſus, & ideo fœdus, dirus, & execrabilis, quocumque procedit, tamquam ſi bellua aliqua fera & immanis e latibulis ſe moverit, omnia longe late terrore, fuga, vaſtatione complet. Sed rationis eſt, Principem a Tyranno diſtingui: nec minus Principis poteſtatem jure & legibus, non ejus libidine terminari. Et tamen neſcio, qui fiat; ut plerorumque omnium conſenſu feratur, eam eſſe imperii conditionem, ut ei ratio non conſtet, niſi Princeps legibus ſolutus ſit. prorſus ut, quamquam non ſuos cives, ſed ſe curet, nihil ſit eorum arbitrii, præter unam obſequii & patientiæ gloriam; ſolique Deo a quo ſumma venerit rerum poteſtas, in eum animadverſio ſit. Adeo rari ſunt qui pro populo ſtent; cum plerique ſub Principis perſona agant Tyranni cauſam; &, ſi pugnet utriuſque utilitas, alterumque minui aut perdi ſit neceſſe; ſibi aliiſque perſuadeant, cives Principis ſcelere atque immanitate juſtius utiliuſque atteri, quam Principem a ſuis civibus, ne eos perdat, in ordinem redigi. perinde quaſi homines non ſint quibus fortuna parendi conditionem impoſuit; ſoli habeantur homines quibus in homines imperium hominum conſenſus detulit. At mihi ad cauſam tam incivilis, tamque inhumanæ ſententiæ attendenti, non hæc viſa eſt quæ ad naturæ legem exigitur. Pace veſtra dixiſſe liceat, qui ſic ſentitis, ſive Principes, ſive qui circa eos eſtis, rem optimam & ſanctiſſimam perditis: & imperium quod ad hominum quietem altam & copioſam comparatur, ad eorum perniciem ambitione aut adulatione deformatis: & pro juſtis, certis, utilibus injuſta, incerta, noxia ſequimini, numquam propria & fida potentia quæ modum non habet.

Sed intereſt omnium, & Principum, & privatorum, publicum diſpungi errorem; ac tandem veritati dari, ut de ſummi imperii jure quam ſimpliciſſime liqueat. Age vero, quem magis deceat, quam Juriſconſultum, quando opportunius, quam cum ſe Academiæ magiſtratu, pro tam illuſtri & ſplendida excellentium hominum concione, ſolemni more abdicabit, atque ubi potius, quam in hac tam celebri bonæ mentis palæſtra, verba facere pro majeſtate divinarum, humanarum, publicarum, privatarumque rerum: & honeſtiſſimæ Artis præceptis communem humani generis libertatem bona fide vindicare: ſimul proclamare, tantam ab omnibus qui ſe bonos profitentur cives, reverentiam deberi majeſtati reipublicæ, quanta in homines cadere poteſt; nec umquam nimis liberam, nimiſque magnam videri poteſtatem quæ pro omnium ſalute intenditur; hanc ve-

ro non atrocitate aut ſuperbia, ſed ratione & communi civium utilitate æſtimandam eſſe.

Erratis enim, AA; ſi creditis, luxuriam, avaritiam, violentiam, crudelitatem, perfidiam, & ſi quæ alia vocabula peſtilens produxit licentia, majeſtate cenſeri. Non ita eſt: ſunt hæc furoris argumenta, poteſtatis non ſunt: ac, ſi meram quæritis majeſtatem, quæ ſublimior, quæ auguſtior eſt ea quæ Dei eſt? quem non alicujus rectorem civitatis, ſed univerſi, qua patet, orbis dominum ſalutamus. tamen minime effrenis eſt. quin regitur legibus quas ipſe ſibi poſuit: nec ob id minus potens, aut liber eſt, quod non licet ei ab optimis diſcedere. In Principe cur aliud dicimus? cur non volumus, eum qui Dei partes ſuſtinet, Dei exemplo, ſe ratione circumſcribere, liberumque eſſe, ac facere quæ velit; ſi, quod non debet, putet, ſe facere non poſſe; & hac ire ſemita conſtituat? Sed par eſt, Principem qui cæteros fortuna vincit, a nullo animi magnitudine ſuperari: nec quid abſurdius eſt, aut turpius, quam pietatem, fidem, juſtitiam, & ſi quæ præterea virtutes humanæ proſint conjunctioni, privata haberi bona, Principem interim, non quo oportet pro publica utilitate, ſed quo lubet, graſſari ſola virium atque armorum fiducia: quæ ipſa non ad flagitiorum, ſed legum præſidium atque ornamentum accepit.

Nec vero jam audiendi ſunt qui imperii amplitudinem non ab hominum conſtitutione, ſed immortalis Dei munere proficiſci, jactant: ac, ſi qui Principis crudelitate aut perfidia lædantur, Dei quidem cujus injuria ſit, judicium eſſe; humanæ autem partes tenuitatis eſſe nullas. Ut enim demus, imperium Principi Dei beneficio obvenire: quis tamen tanta ſit impietate; ut hoc ei a Deo non minus Optimo, quam Maximo ad hominum perniciem, denique ad ſcelera delegari, arbitretur? quis tanta impudentia; ut negare auſit, Principem, cum Dei auctoritate turpiſſime abutitur, ex ſuo delicto æque civibus ſuis quibus injuria nocuit, ac Deo cujus eſt mandati fines egreſſus, obligari ad pœnam? Tametſi imperia, cum Deo deberi dicuntur, non ei alio imputantur ſenſu, quam leges, quam cætera quæ ab hominibus ratione facta aut ſublata, Dei voluntate fieri aut tolli intelliguntur. An umquam fando audivimus, Reges, aut Principes, aut quocumque tandem titulo ſummi honos Magiſtratus emipet, primo de cœlo demiſſos eſſe; non hominum placito & conſenſu electos? An non res loquitur, unam eſſe naturalem rationem, illam veram ac divinam, quæ prima hominem homini conjunxit, atque eam ſocietatem, quia ſine legibus & imperiis haberi nequit, legibus atque imperiis firmari juſſit? quid ni igitur a Deo conſtitui aut mutari dicantur imperia quæ ab hominibus ad tuendam ſocietatem ratione, id eſt, divina voluntate, aut conſtituuntur aut abrogantur

Utique, ut hæc aliquanto plenius diſtinctiuſque inde ab origine repetam, rerum illa quæ dicitur Natura, magiſtratus & ſubditi, ſervi & domini appellationes ignorat: tantum homines fecit, omnes liberos, omnes pari conditione. quo enim pertinet, quod peræque ſuis quemque viribus inſtruxit? quo pertinet, quod ſibi quemque, ſtatim ac natus eſt, commendavit ita, ut nihil ſe cuique carius ſit? quo pertinet quod ſuum cuique dedit utilis ac noxii ſenſum, atque alterum eum ſequi, alterum fugere, juſſit inevitabili neceſſitate? niſi quod voluit, quibus pares conceſſit facultates, paria habere jura in omnibus quæ ad ſui conſervationem cunctis in medio poſuit: cæterorum more animantium: quæ ipſa quoque, quia ſibi & conciliantur, & committuntur, libera naſci intelliguntur.

Quamquam Natura cum homini dedit jus ſequendi quod ei commodum ſit, non ei ſceleris poteſtatem indulſit. quin eum eximia formavit conditione: ac, cum reliqua animantia ſaltem corporis viribus utantur, ratione careant, hanc ſolius eſſe hominis prærogativam, voluit: ut non tantum corpore, ſed etiam animo conſtaret. quo præſentia advertere, futura non negligere, utraque conferre, brevia diuturnis, minora majoribus commodis poſtponere, poſtremo, quid vere utile eſſet, ab eo quod non eſſet, cum judicio diſcernere poſſet. Atque his tam pulchris animi & corporis facultatibus a Natura ornato quid æque proclive fuit, quam ſequi alios ſui generis, ſive blandiente ſexus diſcrimine, ſive tædio ſolitudinis, & ſpe ſubſidii ad vitæ commoda ex aliorum commercio egregii ac multiplicis, ſive denique quod ſuæ fragilitate conditionis admoneretur, non eſſe ſibi utile, ſingulos ſuſoſque per agros & ſilvas vitam tolerare obnoxiam aliis cum animantibus, tum hominibus, qui immodeſtia aut corporis viribus plus valerent. At neque hic ſubſtitit humanæ vis Naturæ; nec contenta fuit, hominem ad hominis ſocietatem mutuâ invitaſſe utilitate: præterea voluit, ut ea effici conjunctio, ut perdurare, nec facile convelli, aut ſolvi poſſet, quotuſquiſque ſe eſſet ad Naturæ legem conformaturus, eam inire viam abſque qua eſſet, conjunctio haberi, aut valere non poſſet. Et certe, ſi ratione demonſtratur, eum qui extrema vult, velle omnia ſine quibus ſe ad extrema ferre nequit; quid eſt, cur non ſummæ conveniat Dei providentiæ; ut, cum utilem ac neceſſariam homini eſſe ſocietatem intelligit, atque ei ad id quod ei commodum ſit, ſua dirigere conſilia præcipit, credatur ei imperare, quæ ad contrahendam ſervandamque humanæ conjunctionis ſocietatem ducere videantur; & prohibere quæ hanc impedire aut deſtruere intelligantur? Sed fixum ratumque eſt, Naturæ ſtatum ad libertatem ſpectare: nec

nec a me impetro, ne addam, procul licentia eſſe: denique, quiſquis humanæ Naturæ legem ſequitur, duce ratione, eum habere jus quantum poſſit, membris boniſque ſuis uti ad ſui atque alterius conſervationem: etiam injuſtam vim, ſi quæ increpet, a ſe aliiſque arcere; ac, ſi quæ illata ſit, punire: non ut ex pœna habeat injuriæ ſolatium; ſed ut pœnæ exemplo caveat ſuæ aliorumque ſecuritati. cæterum, ut temere noceat alteri a quo laceſſitus non ſit, & qui ex iiſdem venit ſeminibus, ejuſdem particeps eſt rationis, æque boni & mali ſenſu afficitur, æque ad Naturæ providentiam pertinet, hoc vero abhorrere a ratione: quæ voluit, eum jungi aliis quibuſcum eſſe poſſit; ſi velit, his eſſe utilis ac commodus; ſin gravis & noxius, non poſſit.

Atque utinam ſanctiſſimi hujus Naturæ inſtituti fructum peræque ſenſiſſent omnes! profecto potuiſſent, ſicut a Natura facti eſſent, ſuo vivere ingenio: nec fuiſſet cauſa, qua induci potuiſſent, ut magis alterius, quam ſuo, arbitrio regerentur. Nunc aliter conſulere eos oportuit: poſtquam experimentis cognovere, eam vitæ conditionem in qua ſuo quiſque ingenio fertur, nihil pacis, nihil quietis, nihil libertatis habere: quin plenam turbæ, metus, atque injuriæ eſſe; & ideo triſtem, fragilem, ac calamitoſam videri: intercedente ambitione atque avaritia, peſſimis auctoribus; ne officium ſuum faceret ratio, intra cujus menſuram ſalubris temperamentum utilitatis conſiſtere, rerum Natura voluerat. Accedebat, quod ſui quiſque juris, ſuæque injuriæ judex vindexque erat. quem enim Natura alteri ſubjecerat? quis porro in re propria ſuum cujuſque judicium felix aut juſtum exſpectet? ita, cum alium error, alium ira, alium avaritia, alium alius affectus abriperet, ne verum cerneret, neve in eo modum teneret, ex immodeſtia lites, rixæ, cædes, vaſtationeſque ſubſecutæ ſunt. In tanto autem, tamque incerto belli ſtrepitu ac tumultu quid potuit cuiquam beatum, quid optabile accidere? quis ſuis viribus, quis ſuæ prudentiæ ſic confidere debuit, ut ab aliorum vi vel inſidiis omni tempore, omni loco, adverſus omnes homines peræque ſecurus eſſet? igitur ſi quos cœpit pigere periculorum ac miſeriarum: hi cogitantes, quid utilitatis poſſent junctæ vires, quid juris ſocietas habere, quod conveniebat Naturæ legi ſui ſtudioſæ, a vita illa fera atque obnoxia, ad hanc tranquillam ac tutam manibus pedibuſque tranſierunt; communique juris conſenſu effecerunt, ut qui ante ſinguli diverſique erant, in civile convenirent corpus: in quo ſua quiſque libertate ita uteretur, ne alienam imminueret; ac ſi quis ſecus faceret, ut adverſus hunc ſua cuique libertas, non ut ante privato jure, ſed communibus conſiliis atque opibus, ſervaretur: cum vero intelligerent, quam difficile foret, univerſos ſingulis convenire momentis publici privatique juris expediendi gratia; atque interim neceſſe eſſe, Naturæ lege vindicari qui per ſocietatem tuti eſſe non poſſent; viſum quoque fuit, e re omnium eſſe, publice conſtitui virum ſpectatæ & fidei & prudentiæ, qui tuendæ intentus ſocietati, partium deſideria ſine ira, ſine affectu, ex omnium uſu & audiret, & componeret, & commune Naturæ jus æqualitatis conſervatione exſequeretur. id quoque ut facere poſſet adverſus ſtultos atque improbos qui civilis vitæ fructum atque utilitatem vel per ſocordiam non intelligerent, vel per ferociam aſpernarentur; placuit, ſingulos quas a Natura acceperant vires opeſque, ei & in eum transferre.

Hæc quo pertinent, AA? nempe, ut probem, non ut humanæ jus conjunctionis, ſic Principem Natura comparari: ſed homines, cum initio liberi eſſent nati, ipſique ſuæ judices utilitatis conſtituti, demum Principem ſua voluntate ac pactione inveniſſe: & quamvis deſinerent inde propriæ vindices eſſe libertatis; nihilque jam velle poſſent; niſi quod omnibus conducere interpretaretur quem ſummæ rei præpoſuerant: hunc tamen non publicæ decoctorem utilitatis, ſed cuſtodem rectoremque conſtituiſſe; nec ejus ſe libidini aut inſaniæ, ſed tutelæ ac fidei tradidiſſe. An præſumendum erat, homines mentis ſanæ qui in civitatem ac ſub imperium coïbant, ne per aliorum vim atque injuriam Naturæ beneficia amitterent, eo dementiæ veniſſe; ut conſtituta civitate atque imperio, ejus finem everterent; ac Naturæ bona in ſui honorem Magiſtratus projicerent, ita ut exemplo pecudum ratione carentium, deinde non in ſuum, ſed alterius uſum fructus ferre, ejuſque arbitrio paſci, agi, mulgeri, tonderi, jugulari, deglubi, ac devorari, vellent? Abſit. non id ratio, non communis ſenſus, non lex Naturæ, patiatur. nec vero principatus, aut regnum ſingulis cauſa fuit, cur ſe imperio ſubjicerent; ſed ut ejus veneratione ſuo quiſque animo, corpore, fortunis, libere ſecureque frueretur, publica quam ſua judicia maluere. Igitur, ſi de jure imperii quæritur, defungi poſſim. intelligitis enim, Magiſtratum, quiſquis eſt, in ſuos cives, inque eorum facultates, demum eam accepiſſe poteſtatem quam poſcat publicæ modus ſocietatis: ſine qua longe ſua cuique & libertas & ſecuritas foret: ac ſi publicis privatiſque opibus ac viribus ultra uti velit, non pro Principe aut Magiſtratu agere.

Mihi ſic videtur, AA: ſed, ſi aures veſtras fortior præſtringit ſententia, licet diſſentire. nihil enim extorqueo. unum rogo: ut in rem præſentem veniatis, atque ipſi, non dicam animis, ſed oculis veſtris omnem delati imperii formulam coram conſideretis.

Kkkk Ea

Ea enim ſi convenerit; ut, quod juſtiſſimum eſt, omnium ſalus ſuprema lex ſit: quis dubitet, Principem qui eo ſubſiſtit fine, Populi auctoritate uti, atque omni jure, & divino & humano, punire eum, quem liquet negligere legem in quam pro tuenda omnium ſalute & libertate omnes naturali ratione, id eſt, divina voluntate, conſenſere? At ſi longius egreditur Princeps, & publicis, privatiſque Populi viribus opibuſque non in ejus uſum, ſed pro ſua libidine, atque ad ejus exitium abutitur: quid verius eſt, quam privato jure agere ſine Populi auctoritate? Nec jam referre quis mihi dicat: utrum palam pactum ſit; ut hoc agens Princeps, illo excidat nomine: an ei poſita non ſit lex commiſſoria: ſcilicet, quia jus imperii non aliunde, quam a Populo habet; nec hic ulli nato homini, niſi ſuo obſtringitur conſenſu. cæterum in Naturæ moratur libertate: qua eum adverſus hoſtem, qualiſcumque ſit, ſuis viribus pro ſua aliorumque ſalute ac libertate uti, ſive ratio, ſive Deus permittere credi debet.

Eſto; ſi Populus Principem certis alligavit legibus. Sed quid, ſi nulla intervenerit pactio, Principe ſimpliciter conſtituto? Deus meliora! Atqui non rei indignitas impedit, quo minus imperium, quamvis imprudentius, tamen vel ſic deferatur. quin, ſi quæ fides vetuſtatis memoriæ, plerumque hoc contigit, rudibus adhuc ſeculis, ubi Regem non partium ſtudia, ſed ſpectata inter bonos moderatio producebat. Hoc igitur ſi ſit, agitur reſpublica Principis manu; & liberum habet arbitrium qui nullis includitur finibus: nec tamen patitur humani ratio conſilii; ut jus probri, ſceleris, ac flagitii, Princeps accepiſſe eo exiſtimetur: quod de eo bene ſperavit Populus qui eum, quaſi virum bonum, publicæ privatæque utilitatis diſceptatorem elegit; nec opus eſſe putavit, quem tanta, tamque libera ornabat poteſtate, pactis adſtringi ad id quod ultro facturus videbatur. magis Populus, cum non expreſſis ac diſertis verbis ei infrenatam dedit poteſtatem, tacite pactus videtur; ut quam habet Princeps, non ad ſuam libidinem, ſed ad Naturæ legem componat. An quid æque convenit hominum voluntati quæ tota ad ſe ſpectat, quam ne ſe negligant, neve ſe perdant? igitur, ſi ei deſervit Princeps, ſi Populi exſpectationem implet, ex ea jus habet: ſin eum negligit, aut perdit; non ſponte Populi, neque jure agit. etſi enim Populus, cum omne ſuum imperium ei ſimpliciter tradidit, nec quid palam excepit, creditur, ei hoc optimo tradidiſſe jure: tamen non plus dediſſe exiſtimandus eſt, quam habebant ſinguli, cum in ſocietatem coïrent. quis autem tum habebat jus ſibi aut alii nocendi? nemo unus. tantum poterat unuſquiſque ſibi aliiſque cavere. ergo, cum plures in Populum tranſiere juris naturalis fruendi cauſa; ſibique Principem impoſuere: apparet, hoc, nec quid præterea cogitaſſe.

Ineptus ſim, AA, ſi diutius circa hoc ſaxum hæream; longius pergendum eſt, invitante materia. Quid enim? ſi placuerit, Populi Dominum conſtitui. Fuit ſane, cum hucquoque decurreretur, non integra Populi voluntate, ſed neceſſitate coacti. finge, inclinatis rebus, & attrito juventutis flore, de republica deſperare; ſed urbem, agros, delubra Deum, divina, humanaque omnia in victoris, aut alterius populi ditionem dedere. finge, fame preſſum, non habere, unde ſe exhibeat; niſi ſub lege tam dura. quid, ſi ea ſit reipublicæ fortuna; ut, niſi ſub unius imperio, eoque libero ac ſoluto, non facile ſalva fore videatur? putabitne Dominus, pro ſua libidine, ſtare, aut cadere publicam ac privatam omnium ſalutem? Video dici, AA, atque allegari, jam pro familia haberi Populum, inque eum eſſe Domini jus quod ante ejus fuerit in ſe, ac ſua: id voluiſſe Populum, cum illi conceſſit infinitam poteſtatem; nec iniquum eſſe, teneri pacto cui conſenſit volens. Sed vicero; ſi oſtendero, & hic ſe ſpectaſſe Populum qui ſe in alterius ditionem tradidit. Quid, ſi nec potuit aliter, ut voluerit maxime? An quis ambigit, hanc eſſe Naturæ legem, ut quiſque quod ei utile eſt, ſequatur, ac quod noxium eſt, evitet? ea vero lege quam Dei providentia ad humani generis ſalutem juſſit, nemo ſe ſolvere debet; nec, ſi velit, poteſt: in tantum, ut etiam, cum male ſibi velit, non id agat, quia malum appetit; ſed quia, facta comparatione majoris & minoris mali, in eo quod appetit, majus ſibi fingit bonum, quam in eo quod effugit. fac, ſibi optare mortem quæ in infelicium votis eſſe dicitur: hanc tamen ſi a Deo precibus paciſcitur, non quaſi malam ſperat; ſed quaſi vitæ miſeræ & calamitoſæ profugium. Atque hoc ſi eſt; quis dicat, eum qui pacto ſe obligarit vel ad exitium ſuum, lege Naturæ teneri? non enim eo perniciem ſuam intendit, ſed bonum quod ſub ea latere ſuſpicabatur: hoc vero ſi non eſſe intelligat, non conſenſiſſe eum liquet: quia quod eſt, non voluit: quod autem voluit, non eſt: tenetur denique non errorem ſuum, id eſt, perniciem, ſed quod ei bonum eſt, ſequi Naturæ lege: cum quod malum eſt, neque ſub deliberationem, neque ſub voluntatem, cadere poſſit. Quod ſi in privatis pactionibus placet: de publicis quanto juſtius dicendum eſt? majoris enim exempli ſunt: quippe cum privatæ ad unius aut paucorum, publicæ ad plurimorum ſalutem ſpectent. præterea quis neſcit, Populi corpus ex ſingulorum conſenſu civium contineri? nec patitur ratio; ut quod ſingulis in ſe jus non fuerit, vetante Natura, univerſi, conſtituto corpore, in ſe accepiſſe videantur. neque enim id egere qui in publicam coïere ſocietatem, ut in ea ceſſaret naturalis obligatio le-

gis

Digitized by Google

gis quæ ante ſingulos tenuit. imo, ut illa uſum haberet, ideo ſocietatem contraxerunt ſinguli. ac ſi rem putamus; quid eſt Naturæ lex, præter regulam modumque rationis quam Deus regendis hominum actionibus poſuit; ſive ſinguli ſparſique ſint; ſive in unum collecti corpus juris fruendi gratia? niſi quis adeo deliret, ut putet, homines eſſe deſiiſſe qui relicta vita illa agreſti & fera, in hanc mitem & cultam conceſſere, Naturæque jus etiam Magiſtratibus ac judiciis firmarunt. Sed qualemcumque iis perſonam fortuna impoſuit, homines ſunt: quorum actionibus pactionibusque, & privatis, & publicis, ſuam Natura formam impreſſit: prorſus, ut qualeſcumque fiant, non alias valeant, quam ſi cum prima illa atque æterna Naturæ lege, id eſt, Divina voluntate, conſentiant: quæ cum ad humani generis ſalutem conſervationemque ſpectet; probatum eſt, pactum, ſi ad ejus perditionem pertineat, lege Naturæ improbari.

Atqui ſicut privatus ſe in privatam, ſic Populus ſe in publicam, ſervitutem dare poteſt. Hoc ut concedam, AA, nihil ad rem confert. non enim jam quæritur, an eum qui ſe alteri addixit, ſervire oporteat, ſed an Populus aut privatus qui ſe in ſervitutem dedit, idcirco non poſſit ſe in libertatem vindicare: quod cum ad quamvis injuriam vel crudelitate, vel inſania exponat is cui ſe ſubjecit. Sat ſcio, dices, ad omnem patientiæ legem obligari eum qui ſe alteri ſervum fecerit; idque conſequens eſſe ſervituti dominioque: nam cum pro nullo habeatur ſervus, cum æque domini ſit, ac bos, ac ovis, ac pomum, ac pyrum; quid ni dominus ſervo pro arbitrio ſuo æque uti, æque abuti poſſit, ac bove, ove, aut quacumque alia re quæ ejus ſit, quam ſervet, quam perdat, prout ratio, aut libido eum impellat, nullo coërcente? Sed non ita eſt, o bone! neque tu, ſi ſapias, eis qui ſic ſentiunt, licet plurimi ſint, aſſentiare. ſi enim vera ſervamus rerum nomina; non hoc ratio appellet aut ſervitutis, aut dominii jus: magis inſaniam dixerit; quam hominum arrogantia fecit, jus gentium quo ea comparata ſunt, ignorat: ac ſi patiere, quod poſtulat rei pondus, utrumque rebus convincam neceſſariis. Sed primo de ſervo dicam. Eum non pro nullo habet ratio, non magis quam dominum. Natura enim hominem fecit: fortuna ſervum, atque eum non uniuſmodi. alium bello victum vinculis aut armis coërcet, alium pacto permittit. cum illo quem vincula ligant, aut arma inhibent, manet jus belli nullo ſublatum pacto. neuter enim alteri credit; atque ea vinciendi alterum cauſa; denique nec hic domino, nec dominus ei ulla tenetur conventione. par utriuſque jus eſt: uterque in Naturæ ſtatu, ſui juris, ſuæque injuriæ & judex & vindex: ita dominus ſi compeditum coërcere, aut occidere vult, belli jure utitur; etſi, ut is viciſſim poſſit ſe adverſus hoſtem vel fuga, vel bello tueri gentium jure. Quod ſi non vi, ſed fide, conſtat ſervitus; ſive quod ſervus dominum ultro eligit cui ſe vendat, quia ſe exhibere ipſe nequit; ſive quod victor armis victo parcit; ea lege, ut ſibi ſerviat: non ad ſolius domini utilitatem ſpectat ſervitus; etiam ſervo prodeſt: quia, quod pacti proprium eſt, uterque ſe reſpexit, cum in pactionem conſenſit; alter vitam redemit damno operarum; alter vitam indulſit, ut operas haberet. non igitur unius utilitatem ea continet pactio; ſed utriuſque: atque ut ſervus domino ad ſervitutem, ita dominus ſervo ad vitæ præſtationem gentium jure obligatur. quod ſi non faciat dominus; ſed tam crudeliter ſervum habeat torqueatque; ut ei vita ſupplicium ſit, mors ſolatium; pacto liberatus eſt ſervus: quia obligavit ſe non ad malum, ſed ad bonum: ad Naturæ autem ſtatum reverſus, poteſt ſe aut fuga, aut etiam hoſtis cæde ſervare. Satis de ſervitute dixi.

Ad dominium venio: in quo ſimilis error, an ſtupor. neque enim ejus fructus fuerit, rem perdere. Non ibo longe: vel rationem ſpecta quæ dominia diſtinxit. Quid ea? an ſuum cuique dedit, ut ſua profunderet dominus? minime. voluit, quod Natura omnibus in commune poſuit, hoc ut quiſque ſine lite & rixa pro arbitratu ſuo ad ſui conſervationem uteretur. igitur ſi dominus temere jactet aut laceret rem ſui juris: viderit. homini enim ſapienti & Naturæ legem ſequenti, non lautus aut magnificus, ſed ſtultus aut nequam videbitur. an quid abſurdius, aut turpius eſt; quam aliquem rem ſuam eſſe petere: quod dicit, eam naturali ratione ſuam factam eſſe: & cum tenet, habet, poſſidet; eam, ne ſibi uſui ſit, urere, profundere, aut corrumpere? Nec id tantum ratione, etiam Civili Jure intelligitur. quid enim voluit Lex Duodecim Tabularum, cum pupillum tutoris, furioſum curatoris poteſtati ſubjecit? quid Lætoria, cum prodigum qui impenſarum neque modum, neque rationem habet, tamquam ſi furioſus ſit, per Prætorem omni privatum jure ad agnatos remittit? quid D. Marcus, juris religioſiſſimus Princeps, cum inſpecto lubricæ ætatis ingenio, primus ſtatuit, ut deinceps omnes adoleſcentes curatores acciperent, non redditis cauſis; cum ante ex Lege Lætoria tantum propter laſciviam, vel propter dementiam, darentur? niſi quod e re publica eſſe appareret; ne res ſuæ committerentur eis qui per ætatem, per furorem, aut luxuriam eas non exercituri, ſed perdituri eſſent.

Nec tamen me fugit, AA, quod dominus in ſervum etiam Civili Jure habuit vitæ & necis poteſtatem. At non quod lex eum abuti ea vellet: ſed quod ſervilis improbitas & contumacia egeret diſciplina: nec ea rectius

ulli credi videretur, quam domino; cujus intererat, eum & corrigi, & ſervari. Quomodo patris quoque conditionem lex ſacravit, data ei in filium vitæ & necis poteſtate: non quod vellet, filium generari, ut eſſet quem perderet pater: ſed quod filii educatio res aleæ plena haberetur. erat præterea filio utile, regi fretum juventutis: nec periculum erat, ne durior eſſet pater, quam oporteret; magis metui poterat, ne lenior foret. cæterum, cum intelligeretur, & patrem, & dominum ſuo abuti jure; ac poteſtatem non pietate, quod lex volebat, ſed atrocitate æſtimare: placuit, conſtitui aliquem: qui, ut de liberis nihil dicam, etiam de ſervorum querelis cognoſceret: ac ſi intolerabilis videretur ſævitia, injuria, aut infamia; dominum cogeret, ſervum bonis conditionibus vendere. Quid? quod viſum D. Pio, dominum qui ſervum ſuum ſine cauſa interimeret, perinde lege Cornelia teneri, ac ſi alienum ſervum occidiſſet. Atque hoc ſi in privata ſervitute placuit, movente ratione; quid ni in publica obtineat?

Volui hic dicendi finem facere: peroratam enim exiſtimabam cauſam: ſed, ecce, novæ ab eruditiſſimis hominibus turbæ: qui legibus ſolutum eſſe Principem vel ſimpliciter conſtitutum, ne quid de domino dicatur, adeo exploratum eſſe Romani Principis exemplo, opinantur: ut, ne Dion Caſſius ad teſtimonium vocetur, etiam Juris Civilis auctoritate cenſeatur. An quem neſcire, Domitium Ulpianum, doctum ac gravem virum, *lib.* 13. *Ad Legem Juliam & Papiam*, ita ſcribere, [1] *Princeps legibus ſolutus eſt: Auguſta autem licet legibus ſoluta non eſt, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quæ ipſi habent?* Ergo tandem Romanæ lex reipublicæ, ergo jus civile ad partes venit? Ego vero non auctoritatem, ſed rationem exſpectabam. cum enim de jure Imperii diſputamus, non lex hujus minoris civitatis quæſtioni eſt; ſed illius majoris quæ cum ſole fines metitur. Si tamen cui placet, ad civile jus provocare, etſi initio nolui, etiam huc me demittam. neque enim puto, hoc egiſſe Ulpianum; ut ſanctiſſimam Artem quam ingenio ac doctrina ſua caſte atque integre adjuvabat ad hominum commodum, tam falſa, tamque fœda adulatione ad eorum exitium corrumperet.

Niſi ait, Principem eſſe legibus ſolutum. Utrum tamen civilibus, an naturalibus? Nihil, inquies, excipit. Sed veræ & primæ legi non magis derogari quid, quam ipſa tota tolli poteſt: nec vero Senatus decreto, aut Populi lege, ea ſolvi poſſumus: quin Dei providentia conſtituta, æterna, conſtans, atque immutabilis, omnia tempora, omnes gentes, omneſque homines complectitur. Sit ita; teneatur Deo Princeps Naturæ lege: at non a ſuis civibus ad ejus obſervationem cogetur; vereque dicetur ſolutus legibus, quas eum etſi ſervare deceat, tamen per cives ſuos non oporteat. Itane? tu licentiam facis eamdem juri? tu Neronem, quod non timeat leges, venenum Britannico fratri jure coquere velociſſimum, ac præſentaneum, exiſtimas? igitur & latronem dicas, cum ſua calliditate, aut robore ſe pœnis eximat, aliorum bonis aut vitæ jure inſidiari. Sed hæc nollem dicta. ad impietatem enim accedunt. Nec tamen ignoro, eam eſſe publici juris rationem; ut non, quidquid legibus licet, honeſtum ſit; nec quidquid honeſtum eſt, juris neceſſitatem habeat. Verum hæc diſtinctio plebejæ conſulit vilitati; neque interim ejus nequitiam, improbitatem, dolum a ſcelere ac flagitio, ſed imperitiam, ruſticitatem, ſocordiam a virtutis ac ſapientiæ perfectione abſolvit. cæterum, ad eos qui ſe ſapientes aut bonos viros profitentur, non pertinet; multoque minus ad Principem adſcendit: quem dignitatis excellentia eo poſuit in loco, ut eum, non dicam, nihil improbum ac flagitioſum, ſed nihil, niſi honeſtum, niſi egregium, niſi eo dignum ſibi licere, putare oporteat. cum enim Dei vice ſit naturalis cuſtos legis, arbiterque utilitatis illius modeſtæ, ſobriæ, ac ſalubris qua honeſtas cenſetur; qua fronte dicet, ſe facere poſſe quæ ab honeſtate, id eſt, vera utilitate, removentur? Sed ſalva res eſt: ſiquidem ipſe Ulpianus, is de cujus ſententia quæritur, [1] *Quotiens* (inquit) *aliquid in publico fieri permittitur, ita oportere permitti, ut ſine injuria cujuſquam fiat: & ita ſolere Principem, quotiens aliquid novi operis inſtituendum petitur, permittere.* Idem alibi refert [2], *Si Imperator ſit a patre heres inſtitutus, ſæpiſſime reſcriptum eſſe, poſſe inofficioſum teſtamentum dici.* Igitur oſtendi, Principem æque, ac cæteros Naturæ legibus teneri ex Ulpiani ſententia.

Quid, ſi auſim, & civilibus eum obligare? ain' tu? nihil facilius demonſtratu eſt. nam de Falcidia conſtat ex Hadriani, & Alexandri Reſcriptis [3]: etiam alibi legis Imperii, quæ alio nomine Regia appellatur, idem meminit Alexander [4]: eaque ſolutum Juris ſolemnibus eſſe Principem, ut quidem mihi videtur, inutilia melioribus jure imperii mutaturum: alioquin civem haberi; & quoad vitæ miniſteria, legum ſolemnibus, reliquorum more, teneri. alione ſpectat? cum, *Ex imperfecto*, inquit, *teſtamento nec Imperatorem hereditatem vindicare poſſe, ſæpe conſtitutum eſt.* & cauſatur: *Licet enim Lex Imperii ſolemnibus juris Imperatorem ſolverit: nihil tamen tam proprium imperii eſt, quam legibus vivere?* Sed & Impp. Theodoſius & Valentinianus ad Volu-

ſium

1 *l.* 31. *D. de legibus.*

1 *l.* 2. §. 10. *D. Ne quid in public. loc.*
2 *l.* 8. §. 2. *D. de inoffic. teſtam.*
3 *l.* 4. *C. Ad legem Falcidiam.*
4 *l.* 3. *C. de teſtamentis.*

ſuum P. P. ita reſcripſere, [1] *Digna vox eſt majeſtate regnantis, legibus alligatum ſe Principem profiteri. Adeo de auctoritate juris noſtra pendet auctoritas. Et revera majus imperio eſt, ſubmittere legibus Principatum. Et oraculo præſentis edicti, quod nobis licere non patimur, indicamus.* Opportune. feruntur enim civiles leges ad communis commodum civitatis: nec aliter poſſunt ferri: neque enim aliud vult jus civile, quam quod quiſque Populus ſuæ conducere civitati arbitratur: atque hujus commodi moderator & rector eſt Princeps. nonne igitur cui credita eſt publicæ tutela utilitatis, ipſe civilibus teneatur legibus quas reipublicæ utiles eſſe intelligit? Atqui eſt Princeps. Licet, addas, ſuorum caput, aut, ſi mavis, mens civium. ſed non ideo deſinit eſſe pars civilis corporis. quid ni igitur terminentur ejus actiones civitatis utilitate, qua omnium actiones civium fioiuntur? Utique ſic Veteribus viſum fuiſſe, Tacitus auctor eſt [2], cum de Claudii & Agrippinæ nuptiis quæ tum inceſtæ civili habebantur jure, in hunc diſſerit modum. *C. Pompejo, Q. Verannio. Coſſ. pactum inter Claudium & Agrippinam matrimonium, jam fama, jam amore illicito firmabatur, nec dum celebrare ſolennia nuptiarum audebant, nullo exemplo deductæ in domum patrui fratris filiæ. Quin & inceſtum, ac ſi ſperneretur, ne in malum publicum erumperet, metuebatur. Nec ante omiſſa cunctatio, quam Vitellius ſuis artibus id perpetrandum ſumpſit. Percunctatuſque Cæſarem, an juſſis populi, an auctoritati Senatus cederet? Ubi ille unum ſe civium, & conſenſui imparem reſpondit, opperiri intra palatium jubet.* Hactenus Tacitus.

Adhuc tamen ſcribit Ulpianus, Principem legibus ſolutum eſſe. Memini: ſed, quando, & qua lege, quæro? Sub Auguſto, inquis, lege Regia: id eſt, illa qua Populus Romanus ei & in eum omne ſuum imperium & poteſtatem contuliſſe dicitur. Verum ſcire te velim, quiſquis es, quæ plerique omnes poſt Auguſtum inſecuti Principes, fere uno acceperunt ſive Senatuſconſulto, ſive lege, quam Veteres Juriſconſulti deinde *Regiam* vel *Imperii* appellarunt, ea Auguſtum neque ſub eo nomine, neque una lege, unove Senatuſconſulto, ſed paulatim, & plurium intervallo temporum, diverſiſque legibus ac Senatuſconſultis accepiſſe. Quid frontem contrahis? ſi ſeriem vitæ Auguſti, ſi omnes ejus conſulatus eo ordine quo a Dione Caſſio enarrantur, aliqua cum cura recenſebis, nihil verius eſſe intelliges; poſſemque id pluribus confirmare: niſi occupaſſet Vir Summus, quem honoris cauſa appello, Johannes Fredericus Gronovius [3], & hujus Academiæ, & totius literati orbis ingens atque immortale decus. Unum tantum addam, neque a Clariſſimo illo Viro, neque ab aliis traditum, quod qualecumque fuerit Senatuſconſultum, quod Auguſtum legibus ſolvit; non illo delatum ei imperium fuit. Nam hoc (ſi Dioni fides [1]) ei contigit ſeptimo ejus conſulatu: cum per Senatum demum legibus ſolutum eſſe conſulatu ejus decimo, idem ſcribat Dion. [2] Sed neque tum omnibus ſolutus eſt legibus, verum una, & quidem Cincia: etſi Dion latiore, quam debuit, ſermone utatur. Hoc vero ut audeam dicere, ipſe me movet Dion. cum enim refert cauſam quæ Senatui fuerit eum ſolvendi legibus, eam petit a munere quod Auguſtus Populo viritim promiſerat, ſed per leges ſe non poſſe ſolvere, niſi conſentiente Senatu, ſimulabat. Id igitur ut facere poſſet Auguſtus adverſus modum lege Cincia definitum, ait Dion, Senatum legibus eum ſolviſſe: ea autem formula cum una intelligeretur lex Cincia, uſitata loquendi ratione, Dion, homo Græcus, imperite, an per adulationem, certe perperam, eum omnibus ſolutum eſſe, interpretatus eſt. Non ſum ignarus, AA, fore quibus paulo & audacior, & durior videri poſſim: quia auſus ſum in re vetere, ac Romana cum Dione, id eſt, Conſule Romano, & hoc claro Romanarum rerum ſcriptore conſiſtere. Ego vero malui, cum Dione, quam cum veritate committi: fuiſſe enim Senatum illa quam dixi, uſum formula, cum Auguſtum lege Cincia ſolvit, ipſe fatetur Dion [3]. atque ea Veteres non omne divinum humanumque jus, ſed unam intellexiſſe legem qua de ageretur, paulo poſt oſtendam. Accedit, quod cum id factum eſſet, Auguſto decimum Conſule, id eſt, A. V. C. 730, deinde ſequente anno, id eſt, undecimo ejus conſulatu, adhuc ejus honori dedit Senatus, ſi Dioni credimus [4], ut ei perpetuam deferret Tribunitiam poteſtatem; atque ut, quoties haberetur Senatus, ej, etſi nullum gereret conſulatum, de quibuſcumque rebus relationem indulgeret. amplius voluit; ne Auguſtus Proconſulare imperium ingreſſu Romæ deponeret; neve ejus renovatione, poſt Urbis ingreſſum, egeret. Poſtremo cenſuit; ut in provinciis ei poteſtas major, quam earum Præfectis, eſſet. Hiſce vero rebus nonne clare indicatur, eum ſolvi aliquibus publici juris legibus quibus ante ſolutus non erat? Et qui igitur poteſt Dion dicere, eum jam priore conſulatu omnibus ſolutum eſſe? Ne addam nunc, quod rurſus Dion [5] refert, C. Sentio, & Q. Lucretio, Coſſ. id eſt, A. V. C. 735, eſſe Auguſto inter alia permiſſum, ut omnia ſuo emendaret arbitrio; ac leges quas vellet, ferret; iiſque Auguſtarum nomen imponeret. Nam vel inde intelligitur, eum antea nondum habuiſſe jus contra le-

1 *l. 4. C. de legibus.* 2 *lib. XII. Annal. c. 5.*
3 *Orat. de Lege Regia.*

1 *lib. 53. pag. 569.* 2 *eod. lib. p. 590.*
3 *d. lib. 53. p. 590. & 582.* 4 *d. lib. p. 594.*
5 *lib. 54. p. 604.*

leges faciendi. Mihi & hoc viſum notatu dignum; quod Dion [1], cum Caligulæ principatum exponit, ait illi neceſſe fuiſſe, ne lege Julia & Papia illa caducaria teneretur, ea per Senatum ſolvi. quo opus fuiſſe quis ſanus dicat, ſi ea jam ante ſolutus & Auguſtus & Tiberius fuiſſet?

Sed quidquid dicat Dion, quidquid ex eo alii; apparet, legibus ſolutum fuiſſe Auguſtum, non omnibus, ſed quibus Senatus eum nominatim ſolvit: cæteris æque, atque alios cives, obligatum fuiſſe. Ac quod de Auguſto jus fuit, idem fuit in omnibus qui eum inſecuti ſunt Principes. quid enim his datum, niſi imperium, atque Auguſti exemplo? præterquam quod his in principatus ingreſſu uno conceſſa ſunt Senatuſconſulto aut lege, quæ Auguſtus non uno tempore, nec una lege, aut Senatuſconſulto, ſed diverſis temporibus, & legibus, aut Senatuſconſultis accepit. Non exſpecto, ut mihi credatis, AA: ſed ſine dubio credetis legi Regiæ qua delatum Veſpaſiano imperium eſt. non enim poſſit quod aut certius, aut melius adferri teſtimonium. Ejus vero legis cujus fragmentum Romæ in Lateranenſi exſtat Baſilica, verba quæ ad rem pertineant, hæc ſunt. [2] UTIQUE. QUIBUS. LEGIBUS. PLEBEIVE. SCITIS. SCRIPTUM. FUIT. NE. DIVUS. AUG. TIBERIUSVE. JULIUS. CÆSAR. AUG. TIBERIUSQUE. CLAUDIUS. CÆSAR. AUG. GERMANICUS. TENERENTUR. IIS. LEGIBUS. PLEBISQUE. SCITIS. IMP. CÆSAR. VESPASIANUS. SOLUTUS. SIT. QUÆQUE. EX. QUAQUE. LEGE. ROGATIONE. DIVUM. AUG. TIBERIUMVE. JULIUM. CÆSAREM. AUG. TIBERIUMVE. CLAUDIUM. CÆSAREM. AUG. GERMANICUM. FACERE. OPORTUIT. EA. OMNIA. IMP. CÆSARI. VESPASIANO. FACERE. LICEAT. Huc uſque lex Regia: vult autem, ut quibus legibus plebiſve ſcitis ſcriptum fuit, ne Auguſtus, cæterique tenerentur Principes, his legibus plebiſque ſcitis ſolutus eſſet Imp. Veſpaſianus. Ecquis igitur adhuc dubitat, Principem lege Regia ſolvi legibus non omnibus; ſed quibus Auguſtus inſecutique Principes nominatim ſoluti fuere.

Plura non addo, AA: nec enim opus eſt; & vos deſideratis, tandem oſtendi, quid ſibi velit Ulpianus; cum, *Princeps*, inquit, *legibus ſolutus eſt*. Habeo autem mihi perſuaſum, inter leges quibus ſolutus eſt Auguſtus, non fuiſſe legem Juliam & Papiam: eique rei hoc ponam argumentum certum ac clarum; quod auctor eſt Dion Caſſius [3], fuiſſe Caligulæ, ne lege Julia & Papia teneretur, neceſſe ea per Senatum ſolvi. quo nil opus fuiſſe, ſupra monui; ſi jam ante ſolutus ea fuiſſet Auguſtus & Tiberius. Atque hoc ſi eſt; neſcio, an pateat via ad verum Ulpiani ſenſum. aut enim me fugit ratio, aut, cum Principem legibus ſolutum eſſe ait, tantum ſignificat, Principem habere vacationem a lege Julia & Papia: quia per Senatum ea ſolutus eſt, principe Caligula. Quod dico, AA, viventibus videbitis oculis: modo ſi obſervabitis, quod non illa fuit Ulpiano ratio, legem Regiam exponere, ex eaque diſputare, quæ & quanta ſit Principis poteſtas: ſed unam interpretari legem Juliam & Papiam; idque arguere ipſius Inſcriptionem Capitis, quæ non aliquem Ulpiani librum ad legem Regiam præfert; ſed, quod jam doctiſſimi viderunt homines, Ulpiani *librum 13. Ad Legem Juliam & Papiam*; nec de alia, quam illa lege eum cogitaſſe, denique accipi oportere, indigitat. Atque hoc ſequentibus quoque Ulpiani verbis intelligitur, *Auguſta autem licet legibus ſoluta non eſt, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt quæ ipſi habent*. Quid enim ſignificant? niſi quod Auguſta quidem Senatuſconſulto non eſt ſoluta lege Julia & Papia; ſed nihilominus Principes ei eamdem dedere immunitatem quam ipſi ab ea habent. Expoſui, AA, quæ ad Ulpiani interpretationem pertineant. Sentio, unum reſtare quod offendat: niſi & ei remedium ponam. Nempe, non ait Ulpianus, Principem lege ſolutum eſſe; ſed eſſe legibus ſolutum. videtur igitur indicare, eum non una, ſed pluribus, vel omnibus, legibus ſolutum eſſe. atque ea moleſta vobis locutio eſt: fuiſſe & Dioni Caſſio gravem, ſupra ſuſpicatus ſum. Sed ne eſſe debeat, in cauſa eſt Latini uſus ſermonis. qui quanti ſit pergentibus ad Romanarum legum cognitionem, vel hoc exemplo diſcite. patitur enim is ſermo, ut legibus ſolvi dicatur, etiam qui una ſolvitur. Eo ſenſu Cæſar, apud Suetonium, [1] ambiiſſe dicitur, ut *legibus ſolveretur*: pro ambiiſſe, ut ſolveretur lege qua vetabatur, Urbem, niſi cum triumpharet, cum imperio ingredi. Cicero quoque, [2] *Cur*, inquit, *M. Brutus, te referente legibus eſt ſolutus, ſi ab urbe plus, quam decem dies abfuiſſet*. Et de Pompejo, [3] *Quid tam ſingulare, quam ut ex Senatuſconſulto legibus ſolutus, Conſul ante fieret, quam ullum alium Magiſtratum per leges capere licuiſſet*. Poſſem plura adferre exempla, [4] quibus eam loquendi rationem oſtenderem. ſed liquet: ſimul, immanem illam poteſtatem quam Principi adſcribere creditur Ulpianus, ejus auctoritate minime probari. Ite igitur, AA, ite, & ſummis imperiis, ſi Diis placet, liberam & ſolutam

tam

1 *lib.* 59. *p.* 747.
2 *apud Gruterum*, *Corpor. Inſcript. p.* 242,
3 *lib.* 59. *p.* 747.

1 *Julio c.* 18.
2 *Philippic.* 2. *c.* 19.
3 *pro Lege Manilia. c.* 21.
4 *ex* Aſconio Pediano, *Argumento in Orationem Ciceronis, Pro C. Cornelio.*

tam omnibus legibus vindicate poteſtatem. Ite, & pro adſtruenda ſententia tam atroce, tam crudeli, tam inhumana exemplo Romani Principis utamini: niſi legibus omnibus, & naturalibus, & civilibus, tantum paucis ex publico privatoque jure exceptis, adſtrictum fuiſſe, ex ſupra dictis apparet.

At enim lege Regia effectum eſt, ne cui rationem reddat Princeps; verum ut imperium exerceat non ex legibus modo, ſed in leges quoque. Ita eſt; & clare Ulpianus, [1] *Quod Principi placet, legis vigorem habet:* rationem quoque addit, ea ratio eſt, quod *lege Regia quæ de ejus imperio lata eſt, populus ei & in eum omne ſuum imperium & poteſtatem conferat.* Sed non ego me argumento tam levi, ac male cohærente, ſinam dejici de gradu quem ſemel cepi. Quin pudet me doctorum hominum qui eo ſe a Naturæ lege ad ſententiam tam inſulſam duci paſſi ſunt. quod enim ajunt, hanc eſſe Principis conditionem, ne cum republica calculum ponat, non nego: quod imperium in leges exercere, agnoſco: quod ejus placita pro legibus obſervari; denique, populum ei & in eum omne ſuum imperium ac poteſtatem contuliſſe, concedo. Sed quid poſtea? idne ei permittit facultatem omnia turbandi? an faciendi quod ad publici privatique juris exitium procedat? Ne credite, AA: nihil horum cogitavit Populus Romanus: ne Ulpianus quidem. hic tantum voluit oſtendere, quomodo acceperit Princeps condendi juris poteſtatem: ſive quid reſcribat, ſive decernat, ſive edicat. cæterum relinquit eum ſub lege illa prima & optima quæ communi omnium ſaluti proſpexit; neque ulla hominum lege aut pacto imminui, tollive poteſt. Quis autem fuerit Populi Romani animus, cum Principibus detulit imperium, Ammianus oſtendit [2]: qui ubi de Imperii mutatione ſcribit; ait, quod Romana reſpublica, ad ſenium vergens, & ad tranquilliora vitæ diſcedens, non ut nequam aut deſipiens, ſed velut *frugi parens, & prudens, & dives, Cæſaribus tamquam liberis ſuis regenda patrimonii jura permiſit.* Sic Ammianus: idemque Lactantius: niſi aliud egit [3], cum ferociam ac ſuperbiam Maximiani Junioris, Perſarum Regis Tyrannidem in Orbe Romano imitantis, ſequente caſtigat ſeveritate, *Poſt devictos Perſas, quorum hic ritus, hic mos eſt, ut Regibus ſuis in ſervitutem ſe addicant, & Reges populo ſuo tanquam familia utantur, hunc morem nefarius homo in Romanam terram voluit inducere, quem ex illo tempore victoriæ ſine pudore laudabat.* Verum mitto teſtimonia, etſi juſta & vera. Quod intendo, ipſis demonſtrabo Regiæ legis verbis quibus delati forma Principatus intelligitur; denique, cujus ſententiam Ulpianus non legis, ſed ſuis verbis expreſſit: prorſus, ut argumentum ſi quod ex his fiat a conſequentia, in primis tam abſurda, amplius contra tenorem legis Regiæ, ac præter ipſius mentem Ulpiani, niſi ab imperito, aut perverſo, ac malo homine, probari non poſſit. Sunt autem ex ſuperiore Lateranenſis Baſilicæ Fragmento hæc, UTIQUE. QUÆCUNQUE. EX. USU. REIPUBLICÆ. MAJESTATE. DIVINARUM. HUMANARUM. PUBLICARUM. PRIVATARUMQUE. RERUM. ESSE. CENSEBIT. EI. AGERE. FACERE. JUS. POTESTASQUE. SIT. ITA. UTI. DIVO. AUG. TIBERIOQUE. JULIO. CÆSARI. AUG. TIBERIOQUE. CLAUDIO. CÆSARI. AUG. GERMANICO. FUIT. Quid hic Populus? permittit Veſpaſiano, Auguſti exemplo, poteſtatem amplam & liberam. Quo conſilio? non alio, quam quo ſuo quiſque procuratori liberam rerum adminiſtrationem mandat. is vero numquam creditur, ea formula ei dare jus eas perdendi, ſed adminiſtrandi plena quidem poteſtate, at ex fide bona. Hoc in privato procuratore & jus & ratio definit [1]. atque idem in publico, id eſt, Principe, Populus agit. non enim omnia ejus licentiæ permittit, neque ei dat poteſtatem immoderatam atque infinitam: ſed quæ uſu reipublicæ, & majeſtate divinarum, humanarum, publicarum, privatarumque rerum terminetur. Quid multa? Populus eum ponit legem vivam atque animatam quæ ad qualeſcumque rerum opportunitates ſe accommodet: cum leges ſcriptæ ſemper uno loquantur ore, atque etiam, ubi accuratiſſime deſcribuntur, omnia quæ aliquando emerſura ſint in tot humanis caſibus, non definiant. Taceo, quæ pro tempore utilia ſunt, pro tempore noxia fieri. an quis neſcit, reipublicæ uſus non ſemper pares atque eoſdem eſſe? alios bellum, alios pacem deſiderare? alios temporibus duris atque aſperis, alios mollibus & felicibus convenire? in ea rerum varietate atque incertitudine etſi aliquod Magiſtratuum, præcipuum tamen Populi arbitrium fuit, libera republica. atque is neque ſemper conveniebat, & cum conveniret, ſua tardius expediebat, quam ſæpe utilitas pateretur. tot difficultates, tot impedimenta, tot moras inveniebant factiones ſordeſque; tot cauſæ a ſingulis non ab eadem parte, neque eodem modo inſpectæ. Igitur conſtituto Principe, creditum eſt, convenire egregio publico, ejus imperium non Prætoris aut Conſulis jure finiri, ſed liberum ac ſummum eſſe. quamquam non, ut pro libidine ſua haberet jus leges juſtas atque utiles mutandi tollendive; ſed quod Populo licuit in comitiis, hoc ut Principi liceret, leges duras, aut inutiles, mitibus atque utilibus inflectere aut mu-

1 *l. 1. D. de Conſtitutionibus Principum: explicita a me lib. 1. Obſerv. c. 3.* 2 *lib. 14, c. 16.*
3 *De Mortibus Perſecutorum. c. 21.*

1 *l. 60. §. 4. D. Mandati.*

mutare; ac, ſi quis appareat caſus novus atque improviſus, etiam ei, pro copia ac ſapientia, remedium dare. Quod quid aliud eſt, quam eum lege Regia omnem Populi poteſtatem accipere? quid aliud, quam imperium habere ſummum, denique in leges; ſed quod nihilominus publica utilitate, atque, ut lex Regia loquitur, majeſtate divinarum, humanarum, publicarum privatarumque rerum circumſcribatur?

Nec tamen eo inficias, AA, ſæpius ſolutos effrenatoſque egiſſe Principes; nec, quid facerent, aut negligerent, quidquam penſi habuiſſe. quin horreo, cum flagitiorum exempla cogito: ac miſeret me principis orbis terrarum Populi qui ea a ſuis civibus tam indigne pati coactus eſt. Proponite vobis Tiberium, vel, ſi mavultis, Caligulam, Neronem, Vitellium, Domitianum, Commodum, ſimileſque illos Auguſtos, illos Patres Patriæ, illos Pios, Felices, ſcilicet, & ſi quæ alia fauſta nomina adulatio invenit. quiſquamne negabit, totos, quanti quanti fuere, nil niſi ſuperbiam, calumnias, rapinas, ſtupra, inceſtus, adulteria, parricidia, latrocinia, carnificinas, peſtes, denique furores, ac feritates, non jam humanas, ſed belluinas fuiſſe, omnes Æternæ Urbis, provinciarumque queſtus, atque etiam deteſtationes, immane quantum ſuperantes? ea monſtra, non enim homines dixerim qui hominem exuerint, cum Senatum veneno tollere, cum Urbem incendere, atque in eam feras immittere, deſtinarent, cum unam totius Populi cervicem eſſe optarent, quæ uno ictu præcidi poſſet, cum hoc agerent, ne quis quidquam haberet, cum omnibus claris & bonis viris exitio certo, ſicariis, veneficis, delatoribus, mimis, hiſtrionibus, aurigis, gladiatoribus, omnibus denique impuris, improbis, ac nefariis luxuria ac crudelitate ſua commodo eſſent, quis dicat, pro Principibus vi legis Regiæ egiſſe, quibus obſequi divino & humano jure fas eſſet? ac non potius pro Tyrannis cum quibus nulla cuiquam humani aut divini juris ſocietas eſt: omnibus jus belli eſt ſanctiſſima & juſtiſſima Naturæ lege? Atque ea uſus Senatus; cum Neronem hoſtem judicavit, cum quæri juſſit, ut eſſet quem puniret majorum more, inſerta furcæ cervice, & corpore virgis ad necem cæſo: ſimilique ſeveritate in tam frequente, tamque incredibili Imperatorum furore ſæpius egiſſet: niſi ſe præſidiis adverſus publicæ vigorem diſciplinæ ſepſiſſent, ſuorumque impunitatem flagitiorum non ab Imperii lege, ſed a vi atque armis impetraſſent. Utique, ut Domitiani tituli ubique eraderentur, ac memoria aboleretur, Senatus decrevit: & Commodi corpus ut unco traheretur, atque in Tiberim mitteretur, & Senatus & Populus poſtulavit: magno indicio, talibus invitum paruiſſe; atque ubi habuit ſe ulciſcendi occaſionem, quo jure, quoque animo fuerit, oſtendiſſe. Neque enim ſemper convelli illa moles in tantis fortunæ viribus potuit; & ideo tolerare ſcelera quibus reſiſti non poſſet, prudentiæ fuit. ſicut imbrem, & frigus, & alia naturæ incommoda, ferimus, ubi non licet aliter. Sed ut iidem remedia, ſi quæ in mundo ſint, non adſpernamur Naturæ jure: ſic quo minus Populus ſuas vires, ſi quas habeat, adverſus Tyrannum intendat, ratio non impedit.

Apage, inquies, doctrinam qua imperii reverentia profanatur, qua humanæ vinculum conjunctionis ſolvitur. Quid? nonne vitia erunt, ubi homines erunt, maxime in aulis; ac, ſi non erunt, adhuc credentur eſſe, proclivibus hominibus, de Magiſtratibus ac Principibus male opinari? porro quoties fit, ut optima conſilia peſſime cadant, atque interim ex eventu de conſiliis conjiciatur? adde quod virtutes ſunt affines vitiis, parcimonia avaritiæ, liberalitas luxuriæ, ſeveritas crudelitati, modeſtia ignaviæ; poſſitque huic ſcelus dici, quod illi virtus videatur? Ita, ſi a vulgi levitate pendebit imperii ſanctitas, nil principatu calamitoſius, nil magis incertum, cogitari poteſt. ſed neque in republica quid perniciosius, aut minus tolerabile vitæ ſecta qua ſummus Magiſtratus Populo temere ſubjicitur. id agite ſultis; & pro pro obſequio turbas, pro pace bella habebitis, cœlum denique terræ miſcebitis. Auditis, AA, queſtum ad ſpeciem gravem atque acerbum: ſed date rerum ſimplicitati, ut ejus momenta juſto pendatis examine: ſentietis, levem, vanum, atque inanem eſſe. Quæſo enim, quid vult? utrum, ne umquam Principem in ordinem redigat Populus, ne peſſimum quidem? atqui illud ratione naturali, & nobiliſſimarum Gentium exemplis veteribus, ac recentibus, convincitur. an, ne quid temere agat adverſus bonum? hoc vero nihil promovet. non enim uſum juris reprehendit, ſed abuſum: nec oportet haberi malum quo bene uti licet. alioquin nec Magiſtratus, ſine quibus nulla eſt vita, utiles erunt. quis enim neſcit, ſummos, medios, imos ſæpe ſibi ſuiſque civibus exitio fuiſſe? nec tamen quiſquam dixerit, eos eſſe non oportere, aut periculoſam eſſe doctrinam qua neceſſarios in republica Magiſtratus Principeſque eſſe probatur, tantum quod poſſint eſſe mali. Quod ſi in his non uſum tollendum putamus, ſed abuſum; cur dicamus, Principis, ſi peſſimus, ſi pernicioſus ſit, coërcitionem ideo malam aut injuſtam eſſe, quod Populus ea abuti etiam adverſus bonum poſſit. Sed & hic periculum Principi quod metuendum eſt? ſi, quod ejus fidei convenit, omnium quietem illius vigilia cuſtodiat; omnium fortunas, vitam, libertatem illius juſtitia, ac fortitudo tueatur; omnium periculis illius prudentia occurrat; omnium mala atque infortunia illius benignitas ſoletur: quid multa? ſi ſe non Tyrannum, ſed civem,

non dominum, ſed patrem præſtet, poſtremo ſi hominem ſe, & hominibus præeſſe, arbitretur; quorum virtutibus, atque honoribus, non invideat; quorum copiis, & artibus lætetur; quorum animi cultum, & ſapientiæ ſtudia inter reipublicæ ornamenta, non inter malas artes habeat. qui enim fieri poteſt, ut qui ſeculi beatitudinem, atque adeo ſua bona intelligant, in Principis tam ſalutaris, tamquam divinitus ſibi dati, & amorem, & venerationem non rapiantur, atque illo ſe dignos uſu & rebus non præbeant? Age vero, ſi non teneat virtutis viam quæ eſt veræ gloriæ; ſed malorum optimus ſit, & paucorum exitio ejus ferocia conſumatur: nec adhuc facile ſe eo moverit Populus, ut eum coërceat, etſi merentem: ſive ingenio humanæ infirmitatis quo tardiora ſunt remedia, quam mala: ſive quod facilis eſt apud infirmos excuſatio ejus, qui & prodeſſe, & nocere poſſit: ſive denique, quod unius aut paucorum injuria, etiam gravis, quia ad paucorum dolorem pertinet, fere publice negligitur; privatim vero paucis quibus ob legum defectum jus belli ſit Naturæ lege, magis utile eſt quieſcere, quam inani ultionis ſtudio majus ſibi malum arceſſere. Jam ſi ea ſit Principis atrocitas, ut ad totius Populi, aut majoris partis læſionem pertingat: & hic quæ, quanta, quam multa ei Populus & belli metu, & otii dulcedine non indulgeat? Quamquam, ſi extrema patiatur crudelitatis aut ſuperbiæ exempla, quis culpet eum qui conſumpta omni patientia, non ea ignavia ſit, ut exſpectandum ſibi putet, donec de cœlo deſcendat Deus, in humani generis hoſtem ſua miſſurus fulmina? imo quis non eum laudet, quod aliquando ſe circumſpiciat, & a Deo reprimi putet, qui Naturæ lege, id eſt, divina voluntate coërcetur? Præſtat tamen, aliquam eſſe rempublicam, quam nullam: præſtat, pacem eſſe, quam bellum. Quaſi reſpublica ſit in qua leges nomen ſunt, judicia jacent, omnia vi aut factione, nihil ratione, nihil æquo jure decernitur. At paci ſtudendum. An, ut tu me jugules aut expiles; ego interim digitum non moveam? Hanc ſi tu pacem vocas; quid bellum erit? quin, ut abſtineam bello, ne mihi inferto bellum: ut pacem ſervem, pacem mihi præſta. non enim civem ab hoſte natura ac loco, ſed animo, factiſque diſtinguo: nec mea intereſt, ſi ſpolier, ſi torquear, ſi diſcerpar, ſi denique miſere atque injuſte occidar, ac lanier, cujus ſævitia fiat, utrum hoſtis, aut latronis, an ejus qui ſe meum civem, aut Principem ferat. non enim res mutatur; ſed nomen: res eadem eſt: tantum ad augendam ſceleris atrocitatem pertinet, quod ille a quo adverſus hoſtes aut latrones defendi debebam, ipſe mihi importuniſſimus & crudeliſſimus hoſtis aut latro factus eſt. Adverſus hunc igitur ſi lacertos ſuos moveat Populus; aliquis clamet de pacis commodis, deque belli malis. tamquam ſi felicia ſint tempora quibus boni pereunt, tantum ut Tyrannus cum paucis improbis ac nefariis ſua libidine ac nequitia fruatur tuto ſecureque: tamquam, ſi per Populum ſtet, cum a ſe & ſuis ſcelera atque injurias arcet, quo minus metuenda ſint civilis belli mala. Nihil horum. non ea infelici Populo qui laceſſitus, ſed Tyranno qui eum laceſſivit, maliſque ſua feritate cauſam dedit, imputanda ſunt: & veriſſime Marcus Antoninus, Princeps non minus vitæ integritate atque innocentia, quam ſapientia, omnibus ſeculis commendandus, cum enumeraſſet omnes qui occiſi eſſent Imperatores, habuiſſe eos cenſuit cauſas quibus mererentur occidi; nec quemquam bonum facile victum vel occiſum; meruiſſe Neronem, debuiſſe Caligulam, Othonem, & Vitellium, nec imperare voluiſſe qui non Imperatores repræſentarent, ſed belluas.

Sed finio, AA. longius enim progreſſa eſt oratio, quam cogitavi: & vos intelligitis, ſummum Magiſtratum, qualiſcumque ſit in republica, non de cœlo demitti, ſed communi civium conſenſu imponi: ac, ſi ſe Principem aut Magiſtratum præbere velit, non legibus ſolutum, ſed alligatum profiteri oportere: nec ſuam poteſtatem ſua libidine, ſed Populi utilitate metiri: cæterum non Principem aut Magiſtratum agere, ſed Tyrannum; atque a ſuis civibus omni jure, & divino & humano coërceri poſſe.

Igitur quod ſupereſt ago: Regias enim exſpectatis literas quibus in proximum annum mihi ſucceſſor, Magnificus Academiæ Rector, dabitur; &, ut vacua ſit hæc juriſdictio, quod leges moreſque jubent, meo me Magiſtratu abdico.

F I N I S.

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

DISSERTATIO QUARTA

DE

RELIGIONE

AB IMPERIO

JURE GENTIUM LIBERA,

Habita in Academia Lugduno-Batava a. d. VI. Id. Febr. A. MDCCVI: cum abiret Magnifici Rectoris munere.

Depoſiturus, AA, ſolemni more annuum principis Academiæ Magiſtratum, quod convenit celebritati diei, majeſtati loci, & dignitati concionis, quam frequentis, tam nobilitate, ſapientia, atque eruditione illuſtris, ſtatui, pro mediocritate ingenii, obviam ire ſententiæ exiſtimantium, ulli fas eſſe homini, aliis imperare aut vetare quem Dei cultum, pigritiamque parendi bello aut juriſdictione coërcere. Magni res eſt ponderis, nec minoris moliminis, conjicere ac finire litem, quæ orbem terrarum, quæ omnia ſecula, quæ omnes homines complectitur: in qua libertas ſæpe cum imperii, plerumque cum veri reverentia committitur; & utriuſque eo juſtior videtur cauſa, quod ad partes quoque vocatur Deus: cujus ſacra ac cæremoniæ religionis errore ac diſcidio violentur: uſque adeo, ut ejus atrocitatem ſacrilegii non dicam ratio & communis ſenſus, ſed ipſa ſentire elementa exiſtimentur. An quis ambigat, verum, idemque ſummum contemni Numen; cum falſum colitur; aut ſacra rite tradita negliguntur, & myſteriis novis ac maleficis vetera & ſalubria mutantur; ſimul mali mores, ſæpe & ſcelera turpia atque improba religionis ſacramento inducuntur; tum diſputandi licentia & contumacia inflexibili atque indomita efficitur: ut diſſidiis, turbis, ſeditionibus, conciliabulis publicum otium, & quodammodo naturæ fœdus interpelletur? At jam placet, hæc monſtra horrenda, infanda, impia, e republica atque ab hominum ſocietate ſummis viribus atque omnibus opibus ejici: nec quid nimis durum, crudele, aſperum, eradicando tanto malo, & ſervandis hominibus comparari: imo, ſi pœnarum tormentorumque genera ordine exponantur, omnia ſceleris indignitate nimium quantum ſuperari: ſed neque ſexui, neque ætati, neque ſanguinis affinitatiſve neceſſitudini, neque conditioni ſummæ aut infimæ, neque vivis aut mortuis parci atque indulgeri oportere: quin fidem, amicitiam, humanitatem, clementiam, quæ his exhibeatur, ad exemplum pertinere. Neque hæc intra verba conſtitere. res facta eſt: cujus vim ac ſeveritatem experta ſunt vetuſta tempora, neque nova, ac ne noſtra quidem ignorant. quid refert, ſingulos adferre homines, cum gentes nationeſque concuſſerit? teſtis Aſia, teſtis Africa, teſtis Europa. Americam quoque tot ſeculis incognitam ac vix repertam deprehendit.

At mihi viſum, AA, ſententiam tam duram, tamque immitem non a ratione, neque a Dei hominumque ſtudio, verum ab avaritia, ambitione, & dominandi libidine proficiſci: nec veſtræ convenit verecundiæ, aut meo erga humanitatem affectui; ut ſinam, homines ab hominibus verbis ac nominibus decipi. Hæc danda opera; ut, quod e re omnium eſt, omnibus liqueat, ſeveritatem quæ hactenus Dei & egregii publici veneratione tegitur, cum detracta veſte, nuda & ſine fuco oculis atque animis veſtris occurret, quanta quanta eſt, nil niſi ſuperbiam atque improbitatem eſſe. qua (ut mittam mutua Chriſtianorum Gentiliumque odia, tum ipſorum in primis in ſe invicem ſævientium furorem Chriſtianorum) etiam Anacharſis, & Socrates, denique homines virtute, ſapientia, doctrina emendatiſſimi, cum omni vacui ſunt non crimine tantum, ſed & criminis ſuſpicione, ſpecie vindicandæ divinæ humanæque majeſtatis, miſere ac nefarie impenduntur.

In-

Digitized by Google

Intelligo, AA, me ingredi iter plenum invidiæ, odii, & calumniæ: ſi dicendum foret apud eos quorum intereſt, liberos homines tam deformi premi ſervitute. Sed bonum factum; quod ut ſperem, vobis non ingratum fore examen tanti, tamque ardui negotii, nec minus ſummis, quam infimis periculoſi, Dei beneficio, & virtute majorum noſtrorum, fortiſſimorum hominum, adepti ſumus: qui neque ſanguini ſuo, neque opibus pepercerunt, ut infamiam temporum expungerent; & ſervitutem æque injuſtam, ac fœdam atque indignam, de liberis cervicibus dejicerent; & tam nobis, quam omnibus bonis ac ſapientibus toto orbe admirationi eſſent. Date igitur felicitati temporis; ut fas ſit Juriſconſulto, in atrio libertatis Batavæ agere cauſam generis humani, & ex ſanctiſſimo Naturæ ac Gentium Jure loqui pro libertate reipublicæ illius majoris quæ Dei & hominum ſocietate conjungitur; nec fere monte aut flumine, aut exiguis ſpatiis, ſed demum oceano & ſolis via terminatur.

Sic enim cenſeo, AA, religionem unicuique noſtrum Dei munere concedi; ab ejuſque motu atque inſtinctu pendere: cæterum liberam eſſe, & extra imperium poſitam: adeo neminem invitum aut ignorantem alicui adjungi ſectæ; nec magis quem, ut in eam intret, aut in ea maneat, eive cui adhæret, in omnibus & per omnia conſentiat, armis vel legibus cogi poſſe humano jure.

Naturam ſpectemus: (inde enim incipiet oratio) quid eſt æquius aut juſtius, quam ut ſuam quiſque rem ſuo agat arbitrio? an quis neſcit, omnes homines, ſtatim ac nati ſint, ita ſibi commendari, ut velint nolint ſua ſequantur commoda, & mala declinent? is porro affectus non eſt proprius humani generis, omnium commumis eſt animantium, ſive in aëre volent, ſive in mari natent, ſive in terra ambulent. ſcias, cum a mente illa divina & provida a qua eſt univerſi origo mundi, ipſis infundi ſeminibus, juſque & normam agendi omnibus ſine diſcrimine inde ab initio oſtendere. Etſi præcipuum eſt humani generis decus, quod placuit Deo, magnifico ac ſapientiſſimo rerum opifici, cum hominem faceret, eum ornare facultatibus non corporis tantum, ſed animi quoque; ut neque arietaret continuo, neque incerto vagaretur errore, neque præcipite ac temerario ad id ferretur impetu quod primo blandiretur adſpectu; ſed ut duce ratione ubique, tamquam in clara incedens luce, de comparatione ſumeret conſilium, & verum ac ſolidum, nec facile periturum bonum a fallace, imaginario, & ſub ictu doloris ac pœnitentiæ poſito, quaſi cauſa cognita, diſtingueret.

Hoc, AA, principium, hic fons, omnis divini atque humani juris: ea lex prima & ſumma, conſtans, immutabilis, apta omnibus temporibus, locis, cauſis, cujuſquam vi, pacto, imperio infringi, tolli, obliterari debet, aut poteſt? Sed in his quæ ad corporis bona pertinent, certiſſimi res uſus eſt. ubi de vendendo locandove prædio, ubi de inſtituto vitæ & civilibus artibus quibus ſe quiſque tueatur, in conſilium itur, ſive opificium malit, ſive picturam ſculpturamve admiretur, ſive re ruſtica delectetur, ſive negotiatione terreſtri aut maritima opes quærat, ſive magis literis & ſapientia pectus impleat: ſinguli ſibi relinquuntur; nec alius indignatur, alium de ſua re, prout ei ſedeat, libere decernere.

Cur non idem in religione obſervamus? cum illa præſertim non fortunæ bona, tenuia, fluxa, & brevis momenti ſectetur; ſed animo proſpiciat, & ad finem bonorum, veramque & propriam felicitatem adſpiret: ad quam evadere, niſi Dei ſocietate quæ non verbis, non literis, non donorum ac ſacrificiorum oſtentatione, non denique quali quali corporis opera, ſed animo ſolo, & pura voluntate perficitur, plane non poſſumus.

Nam quid dicam, ad hoc tam horribile & grande ſecretum omnes gentes nationeſque inde ab ortu ſolis ad occaſum tam multis, tamque diverſis decurrere itineribus, ut enumeraturo ſingula neque dies ſufficiat, neque lingua? Illud non ſilebo, quod in ea tam notabili ac multiplice opinionum diſciplinarumque varietate nihil tam certum eſt, quam quod ſuam quiſque amat & laudat, alienam plerique deſpuunt, quidam & impietatis damnant. Tantum valet inſtitutio qua imbuta infantia ſit, aut exculta firmior ætas! quamquam ea ſit; ut, cum univerſi affectui dent decreta, nec tam de veritate ſolliciti ſint, quam coloribus ſtudeant quibus utcumque ſervetur ſectæ auctoritas; paucorum judicium ſit, quid ſtare, aut cadere debeat; plures ſanctius ac reverentius putent, de rebus tam ſublimibus credere, quam ſcire.

Nil accuſo, AA, nil queror. magna ratio ſuadet, ut altius ſpectemus; & quo certius fortiuſque profligemus illaudatæ impotentiam tyrannidis, rem tanti momenti qua nulla eſt majoris, non levitate popularis erroris, ſed admiratione divinæ ſapientiæ æſtimemus. quam enim humano generi vindicamus libertatem adverſus hominum vim atque injuriam, inevitabilis intelligitur neceſſitas; ſi cum homine Deum comparemus. Non eſt mihi animus, longe petere argumenta, nec diu veſtram ſuſpendere exſpectationem. ipſos vos teſtor, vos, inquam, qui adeſtis, an non quotidianis diſcatis experimentis, quam parum, imo quam nihil per vos ſtet, quid animo volvatis veſtro? dicite, ſi poteſtis, licet; an quis cogitationes quas velit aut optet, inveniat ſibi? an quis eas ſuo formet arbitrio? nonne incidunt unicuique continuo & invito & ignoranti? nonne ſingulis mutantur momentis non ſponte ejus? &, ſi exciderint, an revocari a fuga ullius diligentia aut arte poſſunt?

ſunt? Quod quo pertinere arbitramur: niſi, ut intelligamus, neminem natum hominem, qualiſcumque dignitatis, loci, aut fortunæ ſit, mentis non dicam alienæ, ſed ſuæ poteſtatem habere: verum unum ejus rectorem, dominum, atque arbitrum eſſe immortalem Deum: illum hanc jure ſuo fingere ac formare ceræ more: nec quid ulli, præter obſequium, relinquere reliquum?

Proinde ne tumete qui vi & armis valetis polletiſque. parcite communi humanitatis conditioni; nec temere iraſcamini religionis diſcidio. nil cogite; minus ſævite adverſus eos qui in re tam varia, tamque gravi & ſeria, quid ſibi ſalutare ſit, quod debent, animum ſuum naturæ lege adhibent judicem; & quod is jubet aut prohibet, tam neceſſario, quam ſine exceptione ſequuntur. quid hæretis? nonne intelligitis, cum religionem ſacramento adigitis, atque imperii neceſſitati ſubjicitis, nec patimini, alios quas de rebus divinis ſortiuntur cogitationes ſuo jure & Dei arbitrio habere, vos non modo adverſus homines eſſe injuſtos, ſed etiam Gigantum more impia cum Deo bella gerere? An difficile tantæ fuiſſet majeſtati, ſi ei placuiſſet, omnem humani generis religionem ſub unam coarctare formulam, unam omnibus de religione inſpirare opinionem: ſicut omnibus parem dedit ſenſum boni & mali, ſitis & famis, frigoris atque æſtus? Quod ſi mavis cum re tam venerabili ingenium Arithmeticæ conferre artis: nonne convincimur vel ejus auctoritate exempli, Deum circa ſui cultum potuiſſe quod in numeris effecit? in quibus quia eumdem omnibus formavit veri intellectum, ea eſt gloria pulcherrimæ artis & humanis uſibus neceſſariæ; ut, ſi ad certi regulas omnes exigantur ſcientiæ, una omnes ſuperet; & omnibus locis, omnibus temporibus, apud omnes peræque homines, Belgas, Britannos, Germanos, Italos, Hiſpanos, Gallos, Afros, Indos, Scythas, Americanos, ſine diſcrimine conditionis, fortunæ, ſectæ, ſi ad digitos deſcendant, duo & tria, verbi gratia, faciant quinque: eamque veritatem nulla lis, ſive odio, ſive ſuperſtitione, ſive avaritia, ſive ambitione, ſive qua alia libidine moveatur, confundere poſſit. Sed o immenſa, o admirabilis Dei ſapientia! quam parum eſt noſtrarum virium, tua inveſtigare conſilia! quam certo ea revereri debemus, etiam cum cauſam ignoramus! aliud tibi in numeris, aliud in religione placuit. Proinde quantæ eſt aut dementiæ, aut arrogantiæ, quam Deus Optimus Maximus cujus ſummum in animos imperium eſt, voluit ſuæ materiem eſſe benignitatis, hominem aliquem levem aut ſtultum, certe iniquum atque injuſtum, facere ſuæ occaſionem ſævitiæ? Verum habeant ſibi qui ſic ſentiunt, res ſuas. mihi ad Naturam rerum, ut decet, attendenti ſemper viſum eſt, eam non cum paucis honorem rationis communicaſſe, quo cæteris neceſſe eſſet, illis in veri inquiſitione credere: ſed ut ſuo quiſque judicio uteretur, ratione omnes inſtruxiſſe: nec tam proximum quid eſſe æquitati, quam quemque quæ ſibi vindicat, ea aliis non abjudicare. fecit enim Natura pares quibus eaſdem dedit facultates: nec poſuit alterum alterius utilitati judicem: quæ alterum alteri nullum prætulit. quare ſi tu vis, de tua ſalute tuo uti judicio; jus eſt: dum mihi liceat, de mea, quod mihi videtur, ſtatuere: aut ſi tu vis de mea ſedere judex: nonne ego viciſſim de tua tabellam demittam? Sed huc delabimur, ut in rebus divinis homo ab homine liber ſit; alterque alterum, ſi erret, comiter monere, & benignitate amicæ ſuaſionis revocare in viam poſſit, relicta illi libertate faciendi quod ex ejus uſu ſit: cæterum invito exprimere religionem armis pœniſque nequeat: quia hominem homini prodeſſe, fas eſt Naturæ lege; officere ac nocere, flagitium eſt.

Sed quemadmodum nulli jus, ſic nec cauſa eſt alii præſcribendi formulam religionis quam nolit, aut prohibendi quam velit: niſi, Bacchanalium more, ad turbandam humani generis quietem falſis teſtimoniis, dolis, cædibus, furtis, ſtupris, adulteriis graſſetur: niſi, quæ Pœnorum, aliorumque immanitas fuit, pacis divinæ cauſa vivos immolet homines: pro quorum ſalute alioquin votis Deum fatigamus. quid enim magis congruit Naturæ legi qua divini ac humani juris conjunctio cenſetur, quam hominem homini ſuccurrere, & omni vi prohibere; ne magis errore ſuperſtitionis, quam dolo & ſcelere ſpolietur, torqueatur, juguletur innocens? Sed ſi nihil tale ſit; obſecro, quam reddas cauſam, quo minus eat animus liber, qua velit, ſemita ad finem bonorum? aut cur obſtes ejus ſpei ac prudentiæ, neque tibi, neque aliis damnoſæ? quin tu, ſi vera eſt, utere: ſin falſa, neglige, aut ride: utcumque, quid te cogit, vetare religionem; ubi habet cauſam? quid patitur; cum non habet? eſt enim res animi & intellectus: qua nihil aliis ſeritur, aut metitur: tantum vertitur commodum & periculum ejus qui ea utitur: poteſtne vero ſine rubore vir bonus, ſanctus, religioſus, modeſtus, denique ſuum jus non libidine & viribus, ſed ratione metiri ſolitus, adeo malitiæ aut invidiæ indulgere, ut quam Natura cuique dedit libertatem alii eripere aut accipere præſumat; ſi nullus inde ad eum redeat fructus, atque in ipſius commoditate ſubſiſtat? Non igitur eſt cuiquam jus aut cauſa, intercedere alterius ſacris ad ſe alioſque non pertinentibus. contra eſt ſua cuique ratio, ſuum jus, non aliud, quam quod putaverit, colere: nec ſe alicui ſectæ, niſi ſuo conſenſu, addicere. alia imprudentibus obveniant. quædam invitis extorqueantur. in religione quæ Dei & hominum conjunctione finitur, non probari poteſt quod cogitur.

Nec minor eſt diſcedendi ab electa, quam fuit

fuit ad eam accedendi, libertas. quis enim eſt dignus ſocietate divini fœderis: cum ejus Principem non amat fortiter; nec ultra verba eſt devotus numini majeſtatique ejus? ſed nec iniquum eſt, eum qui boni aut gratia, & quidem ſummi atque infiniti, alicui ſe applicat ſectæ, retinere inquirendi veri facultatem. non enim eſt ſectæ reverentia, niſi factioni ſtudemus, conjunctionis cauſa; ſed opportunitas inveniendi boni quod præ ſe fert ſecta. ea ſpes cum durat, retinet eum in ſocietate ratio quæ induxit. quod ſi eſſe deſinit; jus eſt deſerendi eam in qua quod quæſivit, non invenit.

Nec tamen id efficit, ut qui ſe religioſo inſerit corpori, ſuos mores, ſuamque vitam ſuo fingat ingenio. Abſit. non favemus licentiæ: nec damus jus ſceleri aut libidini per cauſam libertatis quam amet Dei cultus. fatemur, neceſſe eſſe intranti heteriam, vivere ad formulam, in quam ea probabili ratione conſenſit. quæ enim poteſt ſine lege ac diſciplina florere aut ſtare? nulla. maxime vero decet eam quæ pudorem ac pietatem profitetur, quam vocat libertatem virtute & honeſtate circumſcribere.

Quamquam cum ejus finis ſit, non terræ ac maris opes corradere, aut ambitione & poteſtate inflari, invaleſcere, inſurgere; ſed mentem emendare, eoque divinæ ſpem pacis, ac ſummam atque æternam invenire felicitatem: non aliis uti debet initiis, quam quibus conjungi Deo, ejuſque fidem atque amicitiam ſperare jure poſſit. Quod cum voluntatis atque animi ſit; longe eſt, ut ad vim atque imperium ſpectare diſciplina, aut domini ſupercilium ſumere, aut avaritiam ac ſævitiam ſpirare debeat. Mihi credite: non eſt ſuperbia atque atrocitate opus: nec carcere, verberibus, cruciatu, cæde, vi ſit voluntas. cauſis agenda res eſt. his movetur, his delinitur animus qui hominem Deo conciliat. quæ crudelitas invenit tormenta, corpus dolore vexant, animum non mutant; nec ad religionem conferunt, præter mendacia & fraudes: quibus placari, an decipi atque eludi Dei majeſtatem, ſi putemus: vereor, ne tam vanum fuerit, quam impium.

Omnis igitur religioſæ vis conjunctionis, omnis auctoritas, lenitate conſilii, ſuaſionis, doctrinæ terminatur. ea ſi inanis ſit, nec demat animo labem: abſcedat a ſocietate contumacia non audientis præcepta rationis. Illa, illa eſt, AA, religioſæ poteſtas fraternitatis; illa juſta & probabilis coërcitio. ultra excedere nequit; huc pervenire poteſt: reſiſtente natura voluntarii conſortii, ut invitos teneat. utique ſicut privatis fas eſt, accedere aut renuntiare diſciplinæ quam ſibi utilem aut inutilem abitrentur: ſic quid vetat, ipſam pari uti jure; dum ne ei quem admittere aut retinere recuſat, legem odiorum indicat? etſi enim qui in partes eunt, rupto diſciplinæ vinculo, deſinant ejus nomine & jure conjungi: tamen nil eſt, cur ideo, quod non ſint ejuſdem populares factionis, parum homines eſſe intelligantur; nec jam ſocietate humani juris contineri. cum enim naturalis ratio, tamquam tacita quædam lex, tueatur cunctos qui numquam in unam conſenſerunt religionem; cur tamquam viles negligat eos qui deſierunt conſentire? liceat mihi cum veſtra venia, ſi qui aliter cenſeant, proclamare quaſi publica generis humani voce: ſi qui velint, ſibi commune jus eſſe cum his qui eadem concurrunt ſecta, cum aliis nolint; & hanc prætendant avaritiæ, crudelitati, ac temeritati cauſam: eos nil agere magnopere, niſi ut diſciplinæ ac religionis imagine deleant bonitatem, juſtitiam, pudorem, fidem, & cætera quibus ſalus humani generis ſuſtinetur; nec minus impii adverſus Deum, quam ſcelerati & nefarii adverſus homines videantur: quia conſtitutam Naturæ lege ac divina providentia inter homines cognationem, ſine jure aut cauſa evertunt.

At ſicut in Naturæ ſtatu, nondum inventis legibus, nec conſtituto civili jure, nulli fas eſt mortali, ſententiam ferre de Deo, deque ejus cultu; & contumacem bello, vi, armis coërcere: ita quo jure aut colore petat, in republica ſuam eſſe hanc judicandi ac puniendi facultatem Princeps? cum enim ex ſingulis colligatur civile corpus; poteſtne Principis videri quod ſingulorum non fuerit? at ne cauſa quidem eſt, cur plus Principi civili jure, quam ſingulis Naturæ lege concedatur? an magis Principis refert in civitate, quam ſingulorum ante inventam imperii majeſtatem, quo quiſque conſilio aut ſapientia, nulla alterius injuria, conſulat animi ſaluti ſui? quod ſi lubet, civilis ſocietatis originem, cauſam, ac finem conſiderare: præterea apparebit, non religionem & Dei cultum, ſed humanæ metum injuriæ, per agros, ſilvas, ſolitudines, ſuſos ſparſoſque collegiſſe mortales, & ex ſingulis populum civitatemque feciſſe. nempe, ut qui corporis, membrorum, bonorumque libertate per immanium, ſtultorumve hominum ferociam non poterant uti frui tuto ac ſecure, admoniti damnorum periculorumque experimentis, juris & imperii ſocietate coïrent, & communem omnium quietem mutuis viribus atque opibus domi foriſque tuerentur. Hæc, AA, civilis conjunctionis origo, hæc cauſa, hic finis. hunc ob oculos habent qui in civitatem conſentiunt. hunc exſpectant. hunc ſi obtineant, ſua eis conſtat ratio: nec dubium; quin, ut habeant, velint, Principi licere cuncta ſine quibus is omnino obtineri nequeat. ita quidquid ſe huc fert, omnibus bonum, quidquid inde recedit, omnibus malum videri debet. alterum imperat Princeps, alterum vetat; & ſi contra fiat, læſam reipublicæ diſciplinam pœnæ ſeveritate ulciſcitur. nec tamen iraſcitur errori; ne ſceleri

Digitized by Google

quidem: minuſque fructum oculis ex aliena miſeria capit. ſaltem in futurum providet. metuit, cavet. ſcit, omnes petere ſibi commoda, & fugere noxia: neque interim, quid bona fide utile ſit aut inutile, ſatis intelligere: alium avaritia corrumpi, alium libidine: hunc ira abripi, illum metu aut temeritate, paucos ratione in officio teneri, omnes aliquando affectu impelli: poſtremo quid reſtare, niſi ut pœna & metus malitiam aut ſocordiam caſtiget; & qui civilis ſocietatis fructum neſcit aut contemnit, ſaltem intra modum communis omnium utilitatis diſciplinæ aſperitate cohibeatur: dum facta ſceleris pœnæque comparatione, intelligit, nullam eſſe turbandæ cauſam reipublicæ; ubi nulla eſt utilitas.

Sed quemadmodum in hoc quod ad finem civitatis ducit, Principis imperium eſt: ita quod alio vertit, Principis modum excedit. cui enim bono longius, quam neceſſe ſit, ſuæ porrigat auctoritatem poteſtatis? an voluere qui ei ſummam rerum detulerunt, ſine ratione ſibi auferri libertatem cujus ſervandæ gratia ſe præſertim legibus ſubjecere? ne putemus. non eſt inventa imperii reverentia, ut impediat, ſed ut regat libertatem ad communem omnium uſum: quos verum eſt in civitatem non alia veniſſe mente, quam ut omne quod illi neque noceret, neque prodeſſet, ſuæ cujuſque libertati relinqueretur. Errare forſan me, atque etiam inſanire, credetis, AA: ſi addidero, ne pudorem quidem & virtutem, tanta ac tam eximia humani generis ornamenta, omnino ac ſemper civilibus juberi legibus; nec quod contrarium eſt prohiberi. Quid tamen aut vero propius eſt aut æquo? conſiderantibus, virtutem, pudorem, officia a Principe non illa ſpectari parte qua pulcherrima ſunt, ac demum Philoſopho placent, ſapientiæ ſtudium, & bonæ mentis culturam perfectionemque præceptorum diligentia profitenti. Minime. non eſt Principis, doctrina ornare ingenia, nec affectuum contumaces & feroces motus ſapientia emollire, nec malos mores conſilio & diſputatione ad virtutem elicere. Ea eſt eruditi otii cura ac gloria. Principi ſufficit, providere; ne ſtultitia, ne temeritate, neve dolo & ſcelere, aut reipublicæ noceatur, aut ſingulis. nec ejus intereſt, utrum ab invitis, an a volentibus, utrum ab imperitis & ſegnibus, an a doctis atque intelligentibus publicæ tranquillitati & civili omnium conjunctioni ſerviatur. adeo nihil monet, nihil ſuadet: tantum imperat & vetat; legeſque ſuas metu & pœnis circumdat, ac munit: nec perfectas ponit; ſed quas ferant ſeculi ingenia, varia, rudia, & affectibus nimis obnoxia. quod ſi velit, ea ad virtutis ac ſapientiæ rigorem inflectere anxia legum diligentia: profecto non intelligit humanæ imbecillitatem conditionis; aut ferus eſt ac crudelis, ſi ea non movetur. qua enim ratione aut ſpe jubeat aut vetet, quod a luxuria, avaritia, ruſticitate, ſocordia, ineptia, libidine, temeritate tam late regnante, ne ſuppliciorum quidem comminatione impetret? nec tantum fruſtra, ſed etiam injuſte puniret non obſervantes quod eorum vires egreditur. quid, ſi præterea metui poſſit, ne quod optime præcipitur, ſine periculo majoris mali ſperari nequeat? Sed apparet, non oportere Principem, bonum, gravem, ſapientem, ac publicæ ſtudioſum utilitatis, ſemper quæ honeſta ſunt, legibus imperare, & interdum quæ turpia ſunt, permittere debere.

Ignoſcite, AA, ſi veſtra abutor patientia: ſi diligentius, quam exſpectaſtis, explicui civilis conjunctionis originem, cauſam, finem. interfuit, demonſtrari, quidquid pœnis alligatur, publica tranquillitate, & tutela bonorum corporis ac fortunæ circumſcribi: cætera libera eſſe, & ſuo cujuſque arbitrio permitti: quia ſic, quid de religione habendum ſit, ſupervacuum fuerit adjicere. cum enim magis ſe ad animi cultum moveat, quam ad finem civilis felicitatis: omnibus certe ſeculis occurrant gentes, non minus Deorum cæremoniis, quam ſermone ac regionibus diſtinctæ, & tamen legibus, opibus, copiis pace belloque perinde illuſtres, validæ, beatæ: ipſi integris judicate animis, an impulerit coituros in civitatem ratio, venerationis divinæ ſanctitatem legibus atque imperio ſine cauſa ſubjicere. quantulum eſt quod ago? quam, ſi cætera ſpectes, tenue? at ne potuere quidem, ut maxime voluiſſe dicantur, ſervam legum facere religionem. cum enim magis divino munere, quam humano arbitrio cenſeatur. quæſo, ullone modo, ullove jure aut ſub hominis deliberationem cadere, aut ejus pactionem recipere poteſt? Quid ergo eſt? ſic exiſtimo, AA, magnam eſſe atque excellentem Principis in civilibus negotiis auctoritatem: ſed in religione non ſupra cæteros haberi: ac ſi ei præſcribat regulam quam & pœnis ſanciat adverſus contumaces; divini, id eſt, alieni, rem imperii attingere: nec tantum nihil magnopere præſtare, ſed ne a tyrannide quidem excuſari poſſe.

Hactenus, AA, religionem ab humano imperio vindicavi. tempus eſt, ut excutiam argumenta quibus ei ſubjici videatur. Primum ajunt, viam veri, atque ipſam beatæ vitæ, eſſe unam: quam ſi quis ignorat aut præterit; quid honeſtius, quid juſtius eſſe, quam ut & volens, & invitus, ei a Principe æque pio, ac felice, ejuſve nomine a ſapientibus, ſanctis, ac religioſis viris, utique Dei vice quacumque ratione communi humanitatis jure admoveatur? quid magis privatam decere fortunam, quam ut audiat majeſtatem divinæ proximam: cum præſertim de ejus utilitate non civili, exigua, momentanea, ſed infinita, atque æterna non minus provide, quam benigne ſollicitatur? Videtis, AA, argu-

gumentum; ſed, ut arbitror, leve atque inane. quid enim habet quo noſtram oneret ſententiam? ſi vacat; vertite, evolvite, examinate ſingula. accipietis verborum ſtrepitum, ſenſum nullum. Ain' tu? agam, AA, quam potero ſimpliciſſime. Nobis quos cœleſtis juvat & circumſtat doctrina, una occurrit vera, & certa ad ſalutem via, ſed quæ eſt noſtra, non eſt aliorum quibus non æque favet Deus, aut ſpes aut fortuna. variant per terrarum orbem ſectæ, etiam Chriſtiani nominis, ne quid de Judæis, Gentilibus, Mahumedanis, aliis addam: nec ea lis, etſi omnes peræque exerceat, mera ratione & nudo gentium jure de quo diſputamus, tranſigitur. Ita ſit una ſalutis via: tamen cum de una ambigitur, & multæ oſtenduntur ex quibus ſuam quiſque commendat diligentiſſime: quod dubium eſt, utrum oporteat me, judicii mei, an alieni fidem ſequi: cum interim, ut ſalvus ſim, magis mea, quam alterius interſit? Deinde, ſi oportet me, in re animi mei parere alii: cui præſertim credam? Principi. Fac, eſſe rerum divinarum rudem atque ignarum. (nam gigni a Principe fortuitum eſt: nec ſemper bona mens cum nobilitate & opibus conjungitur) fac, qui eſt dominantium mos, magis imperio & auctoritate, quam ſuaſione & doctrina experiri. fac, literis valere; & quod intendit, argumentis urgere. etſi, AA, jam pulchrum ac laudabile ſit Principis conſilium; multumque tam raræ debeam humanitati: niſi tamen animum meum redarguat firmata probataque varietate; quam habeo cauſam, cur ſalutis meæ damno me adſcribam religioni a qua abhorreo? At enim privatæ eſt modeſtiæ, cedere majeſtati ejus cui rerum arbitrium dedit Dei & hominum conſenſus. Nempe id faciam in omnibus quæ meæ ſint facultatis: fueritque forſan tam prudentiæ, quam comitatis, paululum de jure concedere Principi: qui & alias prodeſſe mihi poſſit; & hic ſi damnum ſentiam, facile inveniat ſolatia infelicis obſequii. Sed eo in numero non eſt religio. Deo ea debetur: & emineat ſupra cives ſuos Princeps: tamen ſi cum Deo componitur, privatus eſt; nec debet contumeliam ſuam putare; cum ei & meum & ejus dominum præfero: ego vero ſi ſapiam, adeo ſtultæ atque impiæ indulgeam adulationi, ut poſt Principem ponam Deum? cujus ſi fide atque amicitia excidam, de me actum eſt: atque ita, ut numquam ſpes ſit, fore; ut a minore poteſtate adverſus majorem cauſa mea redintegretur.

Sit hoc, inquies, ſi de religione, ejuſque capitibus jure imperii decernat Princeps: aliud tamen eſt, ſi quod collegium religioſum, ac ſacrum, nec minus virtute, quam ſapientia venerabile, ejus venia in ſuffragia eat Dei vice. Nihil muto in re animi: etſi in civili pariturus ſim, utcumque cadat fortuna judicii: quia eam inter cives qualiter qualiter finiri, publicæ intereſt quietis, etiam cum non perfecte intelligitur. nunc vero religio quæſtioni eſt: in qua me ſequi fas eſt, quod meo probatur animo; alioquin ampliare. quæ enim mihi cauſa terminandi quod mihi non paret, etſi aliis parere dicatur? utrum voluit Deus, cum mihi mentem daret rationis capacem, quid decernam de ſumma rerum ac majeſtate, me aliorum, an mentis meæ oculis intelligere? age vero, ubi ad quod collegium me remittit Princeps, atque id ſanctum vocat, Deique nomine convenire contendit; ſi tamen animo meo non repræſentat ſpem veri & ſummi boni: utrum mihi Dei, an hominum decreta offert? quos erroribus ſuis atque affectibus impelli, an mirer? nec me vanitati titulorum honorumque adquieſcere oportet de mea ſalute, & quidem æterna ſollicitum; ſed rationi. nil enim ad me hominum auctoritas ſpectat; ſed veritas diſciplinæ. denique quid intereſt, utrum invitum me ad erroris conſenſum trahat Princeps; an jubeat, me rapi ab aliis: quos meæ judices ſalutis neque feci, neque facere potui, multoque minus Princeps poteſt? Hoc amplius: ſubſiſtam etiam, ubi ſententia in quam pedibus ire jubeor, proxima eſt ad beatam vitam: dum mihi non liqueat. quæ enim ſapienti ac parenti naturæ legi aut cauſa aut jus, in præſentiarum ingredi viam quam falſam putet: licet alioquin optima ſit? ſcio, poteſt viator ad deſtinatum locum pervenire alio, quam cogitavit, itinere. ſæpe etiam nauta tempeſtate vel errore in portum delatus eſt. at quis ſacris cæremoniiſque quæ ei aut impia viſa ſunt, aut Deo ingrata, ad bonorum finem, id eſt, ad Dei amicitiam quæ demum religioſæ mentis devotione obtinetur, umquam pervenit? Sed finiamus: ſatis enim demonſtratum eſt, non eſſe Principi aut cuiquam alii jus, aut etiam cauſam cives ſuos alioſve armis, vel legibus, denique vi, metu, pœnis, alligandi certæ religionis formulæ: quia, ſi veram putabunt, ſponte amplectentur quam eis ratio demonſtrabit utilem: ſin minus; ei cum Dei negligentia, atque in ſuam perniciem aſſentientur. Quod ſi eſt: huc redit oratio; ut, ſi experta omnia ſit, quibus valet, induſtria; nihil ſit, cur homo homini invideat libertatem de ſalute ſua ex animi ſui ſententia judicandi: ſive declinet novæ ſocietatem diſciplinæ; ſive ab ea qua ante uſus ſit, in totum vel ex parte diſcedat: cum præſertim neque vis ei proficiat; & libertas nihil in rempublicam ſcelerate, nihil in alium injuſte atque improbe moliatur.

Dices, Dei injuriam eſſe; cum ejus religio polluitur, aut deſultoria levitate deſeritur. Audio: ſed quis tu es? quid tibi arrogas? quid tibi hic negotii? quove tandem jure tu ulciſceris injuriam quæ non tua eſt? quin quod adverſus Deum committi putas, ad Deum remittis: ſiniſque, ejus eſſe & criminis, & ultionis æſtimationem. quid? quod de puni-

niendo animi atque intellectus vitio, errore, labe, ne poteſt quidem alicujus, præterquam Dei, judicium eſſe. Non utar verbis, AA, res loquitur. quis animum novit? quis videt? nonne Deus? quis movet? quis flectit? quis regit? nonne Deus? quid homini in eo relinquitur? nonne obſequium? igitur an ſit animi peccatum, quale, quantum, ipſumque an, quo tempore, quo loco, quo modo, quo uſque, quem in finem denique puniendum ſit; poteſtne, ſi juſti eſſe volumus, & cum ratione agere, per rerum naturam alius, quam Deus cognoſcere, intelligere, ſtatuere? non poteſt. ut hæc omittam: cur te piget ejus quem Deus non odit; certe cum quo interim utilitatem ſolis atque imbris communicat; etſi poſſet eum ſtatim & mille modis, ſi vellet, affligere, cruciare, perdere? quod ſi Deus & parcit & prodeſt ei a quo læſus ſit: quid hominem facere decet cui non obfuit?

Eſto: errat tamen & ſtulte, atque in religione: quo nihil divinis humaniſque rebus, nihil naturæ fœderi turpius atque exitioſius eſt. Per fidem! tu, o homo! in humano foro, quocumque id omes nomine, vocas crimen, hominem ſuum animum in re animi ſequi judicem? tu cenſes, omnium injuriam continere quod omnes, ſi volumus boni videri & juſti, facere naturæ lege tenemur? dic, amabo, quod crimini dabis nomen? quam dices ejus cauſam? non enim leve eſſe oportet quod humanum genus, atque ipſa elementa contingit. Fugit, inquis, verum. Quaſi ſcire poſſit quod eum ſcire noluit Deus. Quid, ſi recte ſentiat quem tu errare opinaris? quoties enim evenit, ut in eo quod vero proximum habetur, falſum, aut in hoc quod falſum videtur, verum contineatur? Jam poteſt fieri, ut neuter rem videat, & uterque de ſe bene ſperet. tam difficilis, tam obſcura, tam lubrica eſt veri contemplatio. nec ſcio, an quid æque convenit incerto litis, quam hominem homini parcere: tam certa lege humanæ conjunctionis. quamquam ſit ea ingenii tui fortuna, ut ille longius, quam tu, a vero abſit: quid ad te? ſi enim delirat; non tibi, ſed ſibi delirat: ac ſi miſerum dicere queas cui non æque faveat Deus; non idcirco improbum ac nefarium dicere poteris. fuerit igitur dignus cujus miſerearis. at non eſt dignus quem perſequaris novo ac ſingulari odii genere. Niſi velis, cœco iraſci, quod non videat; claudo, quod non incedat rectus; aut manco, quod non ſit integer. Hæc, inquies, non hominis vitia ſunt, ſed Naturæ. Idem putemus de errante, etſi circa religionem: non enim ſuo vitio errat; ſed infirmitate. infelix igitur eſt, non malus: nec jure humanæ ſocietatis pœnam meretur qui adverſus eam non deliquit.

Ut torqueam, inquis, ut ſpoliem, ut occidam; ſufficit libertatis invidiæ, quod id ago invitus; nec odio, ſed pietate, & ſpe ſervandi hominis alioquin perituri. an ſi præcipitare ſe quis in flumen, in puteum, inve immenſam voraginem præſumat, movente inſania; non pulcherrimum putamus facinus, vel invitum nolentemque ſervare? quid Jus Civile? nonne, cum damnatus ducitur ad ſupplicium, provocare ejus nomine permittit omnibus qui velint, etſi ipſe qui damnatus eſt, ſententiæ adquieſcat, etſi reſiſtat adverſus provocationem? imitetur hoc vir pius, religioſus, ſapiens. tueatur humana; nec deſerat divina. utatur, ſi poſſit, doctrina; ſin minus, metu, dolore, pœna; ut doceri poſſit laxata contumacia, ac quod didicerit, ſervare fideliter: æque tormentis actura gratias, ac æger honorem habet Medico a quo ſæpe fame, aliquando ſiti, plerumque ingratis medicamentis, forte & uſtione aut ſectione, utcumque multo tædio, dolore, cruciatu cum valetudine in gratiam reductus eſt. Pro Deus immortalis! quid audio? ipſa ſi loqui poſſet impudentia, alione loqueretur ore? occurrite exemplo. deludimur calumnia: & dum nullo jure ſit quo ſævitia laſſetur, aliquis de pietate gloriatur; & cum perdit hominem, ſe comparat ei qui deſervit ac tuetur. ſi hæc humanitas, ſi amor, ſi affectus juvandi hominis: quod odium, quæ peſtis dicetur? crudeliſſime tyranne, ſi quod præ te fers, amas hominem, ſi divinam ei pacem, ſi ſummum bonum procurare, ſerio inſtituis: ne affligas, lacereſve hominis partem quæ non voluntate, ſed dolore reſpondet. corpori parce; & ut errores animo deleas, animum ratione vince. nihil hujus correctioni facit carnificina: nec mendaciis aut verbis fictis quæ iſta extorquet, conciliatur Deus, ſed animo, ſed voluntate, & mente ſincera ac libente. at crudelitas ſemper eſt crudelitas. nec umquam poteſt videri amor, atque affectus ſervandi ejus quem fruſtra verberas, crucias, vexas, quid dicam, occidis prius, quam ad ſanitatem ejus mens pervenit? imo vide: ne qui verbis te pro amico geris, rebus agas quo nihil magis hoſtile, atque abominandum cogitari poteſt: dum ejus cæde efficis, ut ne ſervari quidem deinceps poſſit: qui ubi vitam per te amiſit, in æternum emendari ac ſervari nequit.

Mollienda tamen dolore & metu eſt pertinacia & inflexibilis obſtinatio. Scilicet, tu obſtinatum vocas quem ratione vincere non potes. Quid, ſi idem convicium faciat tibi? ſtat pro ſua quiſque ſententia fortiter. tu adſpernaris ejus argumenta quæ non placent tibi. ille non movetur tuis quæ frigent ei. niſi regnum affectas, par utriuſque cauſa eſt. neuter ſuſtinet incidere in alieni erroris ſocietatem. uterque vult ſequi fidem mentis ſuæ, & quod diſſidet in ſuum trahere colorem. cur in illo reprehendis quod ipſe agis? aut cur de illo deſperas, etiam cum nihil ſperas? quin cogita, ſæpe quod nunc non ſit, poſt fore; & Deum ſuper nos res agere. quidquid eſt: non

Digitized by Google

non eſt pertinacia; conſtantia eſt, ei quod eſt vere & ſine exceptione amandum, ita adhærere; ut non patiaris, te ab eo aut pretio, aut precibus, aut vi atque imperio avelli: ac ſi miles bonus & fortis virtutem vel in hoſte laudat: quanto magis veræ ſtudioſus ſapientiæ quæ homines primum Deo, deinde ſibi invicem jungit communione rationis, amet alterius a quo diſſentiat, pulchrum & laudabile propoſitum, Deum omnibus præferre?

At enim ſapientis eſt, Dei inſtituta, ſacra, cæremonias tueri. Non nego. imo fateor, ea, ſi juſta, vera, & pia ſint, ſerio & ſummis opibus defendi oportere; meritoque haberi Deo ſimilem, per quem Dei majeſtas exemplo optimo vindicatur. tantum quærimus defenſionis genus; nec minus de eo, quam de religione ambigimus. qui enim tibi placet ſacrorum defenſor miles aut carnifex, mihi ineptus, injuſtus, turpis videtur. ac ſi licebit, quod res eſt, dicere: periit fides religionis; ſi, ut vera putetur, pœna facit. Abite igitur arma, abſtinete rapinæ, quieſcite verbera, eculei, laquei, ignes. alia paranda defenſio eſt. non egemus ſævitia, nec ſcelere. ratione, ſapientia, intellectu firmatur religio quæ vera eſt. niſi quis poteſt credere atque intelligere quidquid ei imperatur; ſi de eo perſuaſus non ſit. at inſpicite intellectum, explorate animi rationiſque vim ac proprietatem: ſumma huc redit, ut non ſit humani arbitrii. tantum patitur, ſe doctrina duci & conſilio regi; convictuſque aſſenſum neceſſariæ præbet demonſtrationi. extorqueri ne tota quidem crudelitatis officina poteſt. Quid ſi, (liceat enim mihi & hic uti numerorum exemplo) quid ſi, inquam, quis impotens & immanis tyrannus jubeat, me credere, duo & tria efficere octo? quid, ſi oſtendat, paret, admoveat omnem ſuæ carnificinæ artem? importuniſſime homo, ſi digitis meis computem, ſi adhibeam quam poſſim operam, ut expendam omnia: numquam potero, etſi velim, a me impetrare, ut putem, duo & tria plus, quam quinque efficere. proinde quidquid cogis, quidquid minaris, fruſtra es. fallere poſſum, mentiri poſſum, dicere poſſum quod dolor extorquet. ſentire quod animus, quod intellectus refutat, non poſſum. Parem eſſe religionis conditionem, putate quos neque factio corrupit, neque odium, neque ambitio, neque avaritia præcipites agit. credite, ſanguine, tormentis, rapina, malo, non defendi religionem, ſed inquinari; denique, eam adeo voluntariam eſſe; ut, ſi profitentis animo deſtituatur, nulla ſit.

Verum & virtus a vitiis in primis animo diſtinguitur: nec id impedit, quo minus legum neceſſitate virtutes ac vitia adſtringantur. cur igitur legibus Dei cultus eximitur ideo, quod niſi voluntate regatur, vanus ſit? Sentio, AA, confundi, quæ ratio diſtinguit, legis & religionis officia. quæſo, quid agit lex? diſputat? minime. quid ergo? cavet. nec vult, eos quibus præeſt, bonos facere. contenta eſt, ſi aſſequatur, ne alios injuria afficiant. adeo tota ad actionem ſpectat: ac cum virtutem imperat, non eam voluntate atque animo æſtimat; neque ut virtutem imperat, ſed ut actionem reipublicæ utilem: cum vero vitium prohibet, non ejus deteſtationem requirit, ſed prohibet noxiam reipublicæ actionem; bonumque civem etiam cenſet eum qui alioquin eſt vir malus. Hoc legi negotium eſt. aliud religioni ſedet: ad ſapientiam enim intendit; nec cogit, ſed ſuadet; denique actione etiam veritati ac virtuti conſentiente offenditur, ſi non a facientis animo proficiſcitur: quia licet actio non indecora ſit religioni, animus tamen ab ea diſcedit. an quod bonum eſt, poteſt tam pulchro cenſeri nomine; ubi facientis animus quem humanis actionibus boni & mali judicem dedit Deus, id malum eſſe judicavit? atqui non tamquam bonum ſit, ſed tamquam malum.

Intereſt, inquis, civitatum, qua forma, quo ritu, quibus cæremoniis colatur Deus. Nempe, ne fiant conventus, quorum initiis in rempublicam conjurationes, & adverſus leges ſtupra, adulteria, inceſtus, cædes, parricidia, falſa teſtimonia, fraudeſve cogitentur. non eſt enim religio qua pernicies humano generi inducatur. ſcelus eſt cui prætexitur color religionis. id cum turbat diſciplinam, & ſtrigat finem civilis conjunctionis: non obſtat Dei veneratio, cur non perinde ad ſeveritatem legum pertineat, ac ſi adhibita non eſſet imago religionis? Sic hominum ſacrificia in Africa ſuſtulit Tiberii principatus. ſic Bacchanalia Romæ atque in Italia coërcuit Senatus. cæterum, ſi innoxia ſit religio, nec ad turpe atque improbum deflectat facinus, ſed virtutem juvet, & bonos mores, ſed agat, ut ſalva ſit reipublicæ reverentia: quid eſt quod improbetur? niſi ſi quis non flagitia ſectæ affinia, ſed ſectam, quamquam ſcelere vacuam, puniendam exiſtimet. Sed hoc injuſti ac feri & crudelis hominis eſſe, quis non videt? Melius ac ſapientius Senatus Romanus [1], cum Bacchanalia everteret, iſta fœda ac noxia, ſi quis ſolemne & neceſſarium eſſe ſibi Bacchi ſacrum, nec ſine religione & piaculo omitti poſſe, apud Prætorem urbanum profiteretur: juſſit, ſe a Prætore conſuli; ac, ſi ei permiſſum eſſet, quum in Senatu centum non minus eſſent, ita id ſacrum fieri, dum ne plus quinque ſacrificio intereſſent, neu qua pecunia communis, nec quis magiſter ſacrorum aut ſacerdos eſſet.

At qui interpolant religionem aut mutant, cauſam novis ac periculoſis præbent opinionibus. inde conciliabula, conſpirationes, turbæ, ſeditiones, civili conjunctioni minime utilia. Niſi hoc credi, tuæ intereſt ambitionis,

Mmmm

1 *apud Livium lib.* 39. *c.* 18.

nis, aut avaritiæ: qui invides novæ, aut quam odiſti, diſciplinæ. Sed aliud viſum fuit Ægyptiis: quos memoriæ proditum eſt, ſtabiliendo imperio variam excogitaſſe religionem; ne conſpirare omnes poſſent. Julianus quoque cum aperiri templa, ariſque hoſtias admoveri ſtatueret, ut diſpoſitorum firmaret effectum, nonne diſſidentes Chriſtianorum Antiſtites cum plebe diſciſſa in palatium intromiſſos monuiſſe dicitur; ut civilibus diſcordiis conſopitis, quiſque nullo vetante, religioni ſuæ ſerviret intrepidus: *ut* (quæ ſunt Ammiani Marcellini verba [1]) *diſſenſiones augente licentia, non timeret unanimantem poſtea plebem.* Sed quid ego hæc commemoro exempla? rem ſpectemus. quæſo, quod periculum Principi aut reipublicæ ab opinione ac ſecta, etſi nova; dum neque aliena ſit a bonis moribus; & ſerviat venerationi ſummi imperii? nam ſi perdendæ ſit reipublicæ; non quia nova eſt prohiberi debet, ſed quia noxia. alioqum quid fuit, quo ſe primi excuſarent Chriſtiani adverſus immanes Gentilium perſecutiones: ad quos utique doctrinam adferebant novam atque inuſitatam? Atqui ſuſpecti ſunt privati conventus, in primis nocturni. Sed qui ſunt integri vitæ, & ſceleris puri, niſi cogantur metu, latere nolunt. taceo, quod his addi poteſt arbiter. nec quid vetat, publice definiri coëuntium numerum: ſicut in Bacchi ſacris, cum a Senatu indulgerentur, obſervatum fuiſſe, ex Livio intelligimus [2]. poteſt etiam caveri legibus, ne invicem ſe damnent ſectæ, neque contumelia afficiant: poſitis pœnis, ſi quis contra feciſſe dicatur. poſtremo ſit cuique accedendi, ſit diſcedendi libertas: invicemque putent, qui diſſentiunt, ſe homines eſſe qui facile errent & ſæpe; cæterum fallere alios dolo malo non velint. ita ſi omnibus conſtet ratio integritatis, famæ, ac pietatis: omnes Deo ſervient; homini obnoxius erit nemo: odiis vero & rixis quæ erit cauſa; cunctis judicium animi proferentibus citra damnum affectus? nec magis Princeps ſibi metuet a novitate; ſi non miſceat ſe litibus innoxiis, & a civili vita ac ratione imperii alienis; neque, ut uni proſit ſectæ, alteram opprimat. quid multa? ſi neque a republica, neque a calumnia licentiaque conviciandi, ſint litium incitamenta: neque ad rempublicam penetrabunt diſſidia, & facile exſpirabunt. An quis neſcit, quantis motibus agitata nuper fuerit quæſtio de Sabbatho? quantis illa de Coma? utraque tamen evanuit, ſpreta a republica aut neglecta. quis hodie putat, violari religionem vetere illa & celebri de Antipodibus quæſtione quam Lactantius & cæteri qui Chriſtiani Patres appellantur, non fuerunt auſi errore an impietate abſolvere? quis credit, intereſſe religionis, utrum ſol moveatur, an terra; etſi fuerint qui illud magnis urſerint clamoribus? Jure Pontificio uſus fœnoris & uſuræ, vel modeſtiſſimus, nefarium habetur ſcelus; ac diris devoventur qui contra hiſcere auſint. nec deſuere ex noſtris quibus idem placeret rigor. ſed ubi reſpublica aliis utitur moribus, æque uſuram ac locationem & conductionem cujus pars eſt, rem jure gentium liberam eſſe, omnes credimus.

Profligata ſunt, AA, pleraque quibus ſolet Divini cultus veneratio humano imperio ac civilibus legibus alligari: niſi dubitatis, an removenda ſaltem a republica atque ab hominum conjunctione ſint error, ſuperſtitio, idololatria, & cætera religionis ludibria vana atque impia; ne veræ nitor religionis vicinitate ſacrilegii contaminetur. Ego vero hanc ſententiam non minus abſurdam eſſe, quam humano generi pernicioſam, rebus vincam neceſſariis. quo modo? quæritis? ſinite, non enim impedio, Principem in honorem piæ & laudabilis ſectæ inhibere ſuperſtitionem, vetare ineptias, purgare impietate ſeculum. una hæret difficultas, nec ſatis conſilii: juvate, dicite, quid deinceps negem Principi qui contrarias ſequatur partes. eſt enim ubique par imperii vigor; nec ſua ulli improbabilis videtur diſciplina. adeo circumagi is orbis poteſt: ac ſi cui liceat, falſam ac vanam coërcere ſectam: cui nefas ſit, evellere eam a qua diſſentit? ſi enim falſa, ſi impia expungi poteſt: quæ ſupereſt quæſtio, niſi an ea a qua diſceditur, eo ex genere ſit? de ea porro cujus notio, juriſdictio, coërcitioque erit? nonne ejus qui imperio prævalebit, aut armis; cuive is hanc facultatem dabit? ita vero obtinetur, ut divini cultus ſinceritas, fides, auctoritas jam non ratione ac ſapientia conſtet: ſed imperio, vi, atque armis ſuſtineatur. quo quid turpius, iniquius, aut ſtultius ſit, ipſi judicate. an quis Chriſti diſciplinam, illam divinam, ſanctam, plenam pudoris, modeſtiæ, humanitatis, fortitudinis, fidei, conſtantiæ, recte damnatam fuiſſe tempore Neronis & deinceps opinetur: quia tum viſa fuit his qui rempublicam obtinebant, exitiabilis ſuperſtitio, ipſique qui eam profitebantur, & malefici & convicti odii generis humani dicebantur? quid? an poſtquam legibus approbata receptaque fuit, verior ſinceriorque eſſe cœpit, quod ab ejus parte ſtarent imperium, leges, arma, quam cum ſola virtute & ſimplicitate defenderetur? an magis ad errorem ſuperſtitionis acceſſere Gentiles, quo tempore prohibita eorum ſacra, everſæ aræ, & templa clauſa fuere; quam quo florentes imperio, impietatis innocentiſſimos & omni vacuos ſcelere damnarent Chriſtianos? Quid attinet, proxima ſecula ad teſtimonium vocare? omnibus nota ſunt. Nec tamen ſilentio præteribo Thomam Crammerum, Cantuarienſem Antiſtitem: quem cum Britanniæ regno ſub Maria contraria potiretur factio, idem conſumpſit ignis; quo ipſe, cum valeret ſub Eduardo, a ſe diſſentientes combuſſit. Sed ap-

1 *lib.* 22. *c.* 5. 2 *lib.* 39. *c.* 18.

pa-

paret, non magis jus falſque eſſe veræ, quam falſæ religioni, alteram vi atque imperio coërcere aut perdere.

At enim vana ac Deo inviſa eſt idololatria. Tamquam hanc laudet ſanus atque intelligens; ac non potius fugiendam omni modo eſſe, arbitretur. Sed non hoc agimus, an oporteat virum bonum, gravem, ac ſapientem abſtinere ab improbitate ſuperſtitionis impiæ aut ſtultæ. unus eſt noſter labor, an idcirco quod ad peccatum accedit, arcenda a republica atque ab hominum ſocietate ſit armis, legibus, pœniſque humanis? quod ſi quis putet; non ſubſcribam imprudenti & periculoſæ ſententiæ. primum quid eo complectemur vocabulo: tam varia atque incerta ejus æſtimatione? ſi vulgi, ſi ſapientum ingenia, mores, ſectas, tot ſententiis, tot ritibus, tot formulis diſtinctas, conſiderabimus: quis erit finis, quis exitus? accedit, quod non eſt Legiſlatoris, omnia quæ Deo inviſa ſunt, legibus punire. nil dicam de inclementia, avaritia, luxuria, invidia, deſidia, temeritate, ebrietate, intemperantia, libidine: quæ non procul peccato eſſe, & a Deo obſervari, quis dubitat? ubi tamen neque rempublicam attingunt, nec alios lædunt; nonne effugiunt legum ſeveritatem? quid turpius mendacio? quid perjurio? atqui de his ſilent jura: niſi aut rempublicam injuria afficiunt, aut alios. cæterum ad Deum & mendax & perjurus remittitur. taceo, quod olim in urbe Roma quotidie & prope palam etiam ab illuſtribus & honeſtis fœminis admittebatur abortus: nec tamen legibus vindicabatur; etſi omnibus haberetur impius atque execrabilis; antequam exilio eum puniri, juſſere Severus & Antoninus. hoc amplius, AA, quis credat, aliquando parentibus jus fuiſſe, infantes ſanguinolentos non dicam exponere alienæ miſericordiæ quam ipſi non haberent; ſed præterea elidere, abjicere in aquas, in ſolitudinem, a feris devorandos, aut fame & frigore ſolvendos? horreo; cum cogito ſcelus impium, infandum, atrox. hoc tamen Græcia illa ſapientiæ atque humanitatis magiſtra, hoc Roma illa rerum domina, quamdiu paſſa eſt? ne Conſtantinus quidem, recepta jam Chriſti doctrina, par fuit expungendo flagitio adulto & prævalido. primi auſi fuere id capitali ulciſci pœna Imppp. Valentinianus, Valens, & Gratianus. Quod ſi tot ac tam inſignia vitia legibus diſſimulari, aliquando vult conditio reipublicæ, & ratio civilis utilitatis: quid mirum, ſi ne idololatriæ quidem, etſi bonis & ſapientibus evitandæ, leges publicæ iraſcuntur; cum neque otium civitatis turbat, neque ejus utilitati intercedit?

Itane? inquit aliquis, tu publicæ dabis utilitati, ut parcatur idololatriæ quam lex Moſaica, divina, juſtiſſima, optima, morte puniri jubet? Quiſquis tamen es, etſi magna, ut par eſt, apud omnes ſit legis auctoritas quam ipſe Deus per Moſen Hebraicæ dedit reipublicæ: patere tamen, non omnia ejus capita his temporibus, his moribus, his locis accommodari. Eſt ſua cuique reipublicæ conditio: nec magis poteſt alicujus lex civitatis omnibus hominibus, omnibus locis, omnibus temporibus uſui eſſe; quam eadem poteſt medicina in tanto humanorum corporum, ſexus, ætatis, aëris, ciborum, morum, ac vitiorum diſcrimine omnibus prodeſſe morbis. Præterea leges quas Moſes fixit de jubilæo, de fœnore, de pœnis furti atque injuriarum, de judicio Zeli, quod vocant, de abſtinentia a ſanguine, ſuffocato, aliis, quæ nuſquam obſervantur. quis neſcit, eum ſingulis viris plures una uxores permiſiſſe: cum id hodie alibi capite, alibi levius puniatur, ubique apud Chriſtianos flagitium habeatur? quid adulterium? nonne a Moſe capitali plectitur ſupplicio? quod Populus fere mediterraneus, & præſertim rei ruſticæ intentus, paſſim conjugii conſuetudine frueretur: vir etiam quot vellet uxores haberet. Sed ubi tanta noſtrarum legum ſeveritas? Populo mari vicino, matrimoniiſque ſæpe & diu per terrarum orbem longe lateque diſperſis. Jam divortiorum licentiam nonne extorſit Moſi civium ferocia, & animus ad iracundiam atque ultionem præceps? cum noſtris moribus non habeant uſum: niſi adulterio polluatur matrimonium, aut procax ac petulans deſertio ejus uſum & finem auferat. Plura non addo, AA. intelligitis enim, legum opportunitates ac pœnas non natura, ſed publica utilitate, diſtingui: nec utique quæ Hebræis utiles fuere, noſtris moribus convenire. Magis exſpectatis, vobis demonſtrari, cur pœnam idololatriæ quam apud alios populos ab injuſtitia non libero, ea apud Hebræos abſolvam. id enim quo plenius vincam objectæ vim difficultatis, adhuc demonſtrandum reſtat. Quid autem facilius? intelligentibus, non eam quæ in Hebræis fuit, aliorum rationem eſſe: quia quæ Hebraici forma imperii fuit, aliorum non eſt. An eſt tanta alicujus reipublicæ fortuna, ut Principem habeat Deum? agnoſcimus eum orbis dominum, & humano generi ſocietate rationis imperare. ſed cui ſcriptas leges ac civilia jura ponat, conſtituta pacto civitate, quem populum indigites? fuit tamen hæc Hebræorum gloria, ut eos Deus ſuo fœdere atque imperio dignaretur: dum ei fidem ſervarent juris religioniſque forma: in quam, interprete Moſe, conſenſerant. hoc tam inſigni publici juris capite continebatur communis omnium ſpes atque ſalus. hoc vivebat, hoc valebat populus. hoc quiſquis invito mutaret Deo; quid aliud agebat, quam ut imminueret reipublicæ majeſtatem? dum ſpiritum imperii, quo cohærebat, & regebatur civile corpus, ſciens dolo malo abrumperet; ſeque alii, quam qui legibus Princeps erat, nova ſuperſtitione ſubjiceret.

Audiſtis, AA, cum Hebraicæ indolem rei-

 pu-

Digitized by Google

publicæ, tum cauſam qua ſubnixa fuit lex de punienda morte idololatria. quam ſi quis nobis aut aliis aptet populis qui diverſa utuntur imperii forma: nonne eum pro inſano ad agnatos remittendum eſſe, optimo dicamus jure? Aut me fallit conjectura, aut hoc ſenior animadvertit Valentinianus: qui etſi Chriſtianam amplecteretur diſciplinam; *inclaruit* tamen (quod Ammianus perhibet [1]) *hoc moderamine principatus, quod inter religionum diverſitates medius ſtetit: nec quemquam inquietavit, neque ut hoc coleretur imperavit aut illud: nec interdictis minacibus ſubjectorum cervicem ad id quod ipſe coluit inclinabat, ſed intemeratas reliquit has partes, ut reperit.* Fruere hac prudentiæ, juſtitiæ, & æquitatis gloria, Imperator: qui quam animo tuo probabas religionem rite coluiſti & caſte: nec tamen aliam, ſi injuria vacaret, pro crimine haberi punirique, paſſus es: ut, cum vir pius eſſes ac religioſus, ſimul meminiſſes, te Principem eſſe, ac gerere perſonam reipublicæ: ad cujus fidem ac tutelam omnes pertinent qui ejus ſecuritatem, pacem, utilitatemque non offendunt. adeo vix mihi tempero; ne tam honeſto ac pulchro Ammiani teſtimonio vel tuam adjungam Conſtitutionem mitem, humanam, modeſtam: qua [2] ad Senatum, *Haruſpicinam*, inquis, *ego nullum cum maleficiorum cauſis habere conſortium judico: neque ipſam aut aliquam præterea conceſſam a majoribus religionem genus eſſe arbitror criminis. Teſtes ſunt leges a me in exordio imperii mei datæ quibus unicuique quod animo inbibiſſet, colendi libera facultas tributa eſt. Nec haruſpicinam reprehendimus, ſed nocenter exerceri vetamus.* At quemadmodum implevit ea Conſtitutione Valentinianus prudentis & egregii Principis officium: ſic, ſi deinceps ipſe, (ut ſunt mobiles plerumque, ſæpe ſibi adverſæ, Principum voluntates, ob incerta conſiliorum quibus, quaſi fluctibus, non minus jactantur, quam juvantur) ſi, inquam, deinceps ipſe, aliive diverſum tenuerint iter; viderint. quo enim jure ſibi ſumunt quod eis neque ratio conceſſit, neque populi conſenſus: a quo juſti vis imperii proficiſcitur? jam age ejus exitus feritatis nonne quam ſemper atrox, tam generi humano, atque ipſis Principibus paſſim fœdus, infelix, ac peſtilens fuit? ſane dum inſcitia, invidia, ambitio, ſuperſtitio, avaritia, publicis adjutæ viribus, in paucorum gratiam ſubvertunt inquirendi veri libertatem, & ſtudia ſapientiæ, tamquam malas artes, perſequuntur; quid ſpei reliquum eſt, niſi ut rempublicam quidem ex tranquilla turbidam, ex locuplete pauperem, ex frequente deſertam, ex potente infirmam, ex culta atque ornata horridam ac ſquallidam efficiant; Principi vero, aut aliis qui eadem uſi ſint ſævitia, apud poſteros dedecus, cominus odium, inſidias, pericula domi foriſque, poſtremo vecordiæ ſuæ pœnitentiam ſeram ac vanam pariant? poſſem id multis exemplis, quam vetuſtis, tam recentibus, oſtendere, AA. ſed aqua effluxit; & ſufficit, liquere quod demonſtrandum fuit, in religionem eſſe Dei imperium, hominum non eſſe. Hoc agam tamen quod ab omnibus intelligi, omnibus pretium eſt: laudabo fortunas noſtras; quod, dum Deum Optimum & Maximum ſuo quiſque more & ritu ex animi ſententia veneramur, fit cœleſti beneficio, & pietate ac providentia Æternæ hujus Reipublicæ, ut neque carnificem metuamus, neque militem, neque ſacerdotem aliquem, impium, vanum, crudelem, ſuperbum, honeſtiſſimi ac ſapientiſſimi cujuſque hominis, maximi, medii, minimi, bonis, famæ, vitæ, libertati, improbe ac flagitioſe inſidiantem. Incubuit majoribus noſtris tyrannis tam cruenta, tam dira, tam deteſtabilis, contempto omni divino atque humano jure. ſed illi avitam libertatem magno animo & pari gloria aſſeruere, aſſertamque nobis propriam ac perpetuam optimo jure dedere. noſtra hæc cautio eſt, ne ſimus tam generoſo indigni ſanguine, neve fructum tanti, tamque inæſtimabilis, boni inertia ac ſocordia amittamus: ſed quam a parentibus optimis ac ſanctiſſimis accepimus libertatem, patriæ, liberis, poſteriſque, quibus poſt Deum nihil carius nobis eſſe aut poteſt aut debet, meram atque illibatam in omne ævum plena fide relinquamus.

1 *lib.* 30. *c.* 9. 2 *l.* 9. *Cod. Theod. de Maleficis & Mathematicis.*

FINIS DISSERTATIONUM QUATUOR.

IN-

INDEX
RERUM & VERBORUM.

A.

Abolitio quibus & quando concedatur. Pag. 283. add. Tranſactio de crimine capitali.
Abortus procuratio apud Romanos impunita erat uſque ad Severum & Antoninum. 585 & 604 cum ſeq.
Acceptilatio eſt conventio Juris Civilis, ſed forma in quadam parte mutata, in ea cœpit eſſe Juris Gentium. 6, 502
Acceſſio, & additamentum, æque dicuntur de uſuris pecuniæ, quam fructuum. 577
Accuſator non poteſt impune ab accuſatione criminis capitalis deſiſtere propter tranſactionem. vid. Transactio.
Actionum diviſio modo bipertita, modo tripertita eſt. 27
Actionis, quæ nulla eſt Jure civili, & ejus, quæ Jure civili valet, ſed per exceptionem Jure prætorio infirmatur, diſcrimen. 358. add. Exceptio.
Actionis editio. vid. Editio.
Actio confeſſoria, de dolo, in factum &c. vid. ſub ſuis elementis.
Hæc Actio, in hac actione, &c. ſæpe nullo adjecto dicunt Juriſconſulti, & unde cognoſcatur, de qua actione ea accipienda ſint. 329
Actus, pro jure agendi. 48, 522
Addici dicitur Judea. vid. Judea.
Addictio in diem. vid. Pacta in continenti adjecta.
Additamentum. vid. Acceſſio.
Adminicula contractuum, quæ. 511, 541
Adoptio ſpeciali conceſſione Magiſtratibus competit, nec mandari poteſt. 125
Adſeſſorum, ſive Conſiliariorum Magiſtratuum munus, & quo ſenſu Judices & judiciis præeſſe dicantur. 106. ſeqq. add. Conſilium, & Tribunal.
Adulterium ante Conſtantinum M. non capitale erat, etſi interdum extra ordinem a Senatu aut Principe graviore pœna, atque etiam morte puniebatur. 286. ſeqq.
Adulterio qua lege a Conſtantino pœna gladii ſtatuta ſit. 289
de Adulterio tranſactio. vid. Tranſactio.
Ædificare in flumine publico, littore, vel mari, quatenus liceat. 69
Ædium & ædificii, item ædium & domus differentia. 311, 414, 418
Ædium, vel Ædificii uſusfructus. vid. uſusfr.
Æquitas alia naturalis, alia civilis. 484
Æthalis inſula. 312
Agere, pro defendere. 512
Alimenta infirmæ ætati publice præſtabantur. 532
Alimentorum nomine quæ contineantur. 533
Alimenta annua, vel menſtrua relicta, differunt a legatis annuis, vel menſtruis honoris cauſa relictis. 534
de Alimentis tranſactio. vid. Transactio.
Alluvio, pro Jure alluvionis. 48, 522. pro receſſu ſubito fluminis. 3, 470
Alluvionis uſusfructus. vid. Uſusfructus fundi legatus.
Alveus a flumine occupatus, ac deinde relictus cujus ſit. 1, 470
Ambulare quomodo accipiendum ſit in definitione viæ, & itineris. 4
Ambulationes ſubterraneæ ad evitandum æſtum. 416
Amicitiæ & matrimonii comparatio. 50
Amphibolia. 146
Anantapodoton. 546
Anatociſmi duæ ſpecies, & a quibus prohibitæ. 225
Anatociſmus anniverſarius olim licitus, deinde prohibitus, ratione civili, non Juris gentium. 224
Anatociſmus ante Juſtinianum etiam re judicata fieri poterat, & quomodo. 226. non eſt, ſi mutetur perſona creditoris, exceptis quibuſdam caſibus. 226. non eſt, ſi quis minores uſuras ſtipulatus, his ſuo die non ſolutis, ſtipuletur legitimas. 226
Ancus, Rex Rom. cur patrem non habuiſſe dicatur. 32
Animadverſio, & gravior animadverſio, pro mero imperio. 120
Annus Rom. vetus x. menſium etiam poſt Numam in quibuſdam rebus ſervatus fuit. 246
Antichreſeos definitio JCtorum defenſa. 327
Antichreſis recte pignus dicitur. 327. duo ſignificat; rem, quæ in antichreſin datur, & conventionem, qua antichreſis conſtituitur. 327. ſeq. tacita, quæ. 222. ſive manifeſta, ſive tacita, non poteſt egredi legitimum uſurarum modum, ſi certus ſit modus fructuum; ſecus, ſi incertus. 222
Antichreſeos & uſuræ differentia in re nulla eſt. 221
Antichreſis non tollitur ſola oblatione. 261
ad Antichreſin recuperandam debitor, ſoluta pecunia, habet directam actionem pigneratitiam. 328
Antichreſeos poſſeſſione amiſſa creditor habet actionem hypothecariam adverſus quemvis poſſeſſorem, non actionem in factum. 328 ſeq.
Apes. vid. Legis Aquil. tertium caput, & Uſusfruct. fundi.
Aqua an nomine alimentorum contineatur. 533
de Aqua Interdictum. vid. Interdictum.
Aquæ fluentes in cubiculis. vid. Flumina.
Aquilia Lex. vid. Lex.
Argentarii negotiatoribus adnumerantur. 232
Argentariorum Uſuræ. vid. Uſuræ e conventione, &, Uſurarum ſtipulatio.
Argentum factum ſi utendum detur, non mutuum contrahitur, ſed commodatum. 330
Argumenta a contrario, aut conſequentis, ſæpe parum firma ſunt in Reſcriptis Principum, & fragmentis JCtorum Veterum. 7, 272, 292, 434, 463, 576. ſeq.
Aſſis uſura, vid. Uſura.
Aut, & ut, interdum permutantur. 58
Autem, pro igitur. 60

B.

Beneficii, & officii diſcrimen. 187, 195
Bona. neque in bonis, neque extra bona eſſe, quid ſit. 39, 441. ſeq. add. Servitus.
Bonæ fidei, & ſtricti juris contractuum, & judiciorum differentia ratione proponendarum exceptionum, poteſtatis judicis, uſurarum, &c. vid. Contractus. Exceptio. Doli mali exceptio. Judex. Metus. Pactum. Uſuræ.
Bonæ fidei, & ſtricti juris judiciorum differentia non eſt ſublata a Diocletiano & Maximiano. 116
Bonæ fidei poſſeſſor. vid. Poſſeſſor.

C.

Cæterum, pro alioqui. 335
de Calumniatoribus actio in factum in quibus cauſis locum habeat. 285
Capitale crimen, capitalis pœna, quomodo accipiantur. 278, 289, 345
Capitis deminutio interdum triplex ſtatuitur, interdum duplex, & quomodo hoc ſit accipiendum. 342. nulla eſt ſine mutatione ſtatus. ibid.
Capitis deminutione quænam amittatur uſusfructus. vid. Uſusfr. amitt.
Carruca quid. 420

Cavete, pro promittere ſtipulatione. 260
Cavere creditori, pro chirographo ſe obligare; Cautio, pro chirographo. 486
Cauſa, vocabulum, ſæpe omittitur. 347, 376
Cauſa, pro vitio, aut morbo. 331
Cauſa a lite interdum diſtinguitur, & quid ſit. 491
Cauſæ ordinarii juris, vel cognitionis. vid. Judicia.
Cauſæ liberales. v. Liberales.
Cautio uſufructuaria, juratoria, legatorum ſervandorum. vid. ſub ſuis element.
Cenſoriæ, & Prætoriæ cognitionis diſcrimen. 359, 587.
Centeſima. vid. Uſura.
Centumviri erant in conſilio Magiſtratus pro tribunali cognoſcentis, iiſque decemviri cum Prætore præerant. 107
Centumviri, an decemviri ad conſilium adhibendi eſſent, quomodo æſtimaretur. 108
Centumvirorum quadruplex judicium erat, & quatuor tribunalia, in quibus eodem tempore plures cauſæ agebantur, eademque in difficilibus cauſis in unum cogebantur. 108
Centumvirales cauſæ. ibid.
Centumviralem haſtam cogere. 107
Certa nomina, certus homo. 229
Certaminum publicorum a veteribus inſtitutorum ratio. 148
ad Certamina publica videntur admiſſi liberti, maxime Auguſtales, non ſervi. ibid.
Ceſſionis in Jure, & traditionis differentia Jure Veteri. 450, 464. faciendæ forma. 450, 463. cur in Digeſtis non fiat mentio. 450
Chirographi redditio. vid Pactum tacitum.
Citra, pro fine. 292
Cives Rom. nec civitatem, nec libertatem, nec vitam inviti amittere poterant; fictione Juris effectum, ut poſſent, & quomodo. 68
Civitas Rom. a quo peregrinis data. 441
Civitas, aut populus, quomodo immortalis eſſe, vel perire dicatur. 456
Civitati, vel populo relictus Uſusfructus. vid. Uſusfr.
Civitatum uſuræ. v. Uſura.
Cloacarium. 413
Cœcus paries. 415
Cœnacula opponuntur domibus, ædibus, inſulis. 419
per Cœnacula domum dividere quid. ibid.
Cogere judicium, vel haſtam centumviralem. 107
Cognitionis res, de quibus ipſe Prætor cum conſilio cognoſcebat, fere erant cauſæ juris, & de æquo & bono; interdum etiam cauſæ facti. 100, 101
Cognitionis ordo quis eſſet, & ob quas cauſas ab eo recederetur. 106
Commendatio non eſt mandatum. 85, ſeq.
Commiſſoria Lex. vid. Pacta adjecta.
in Commodato quæ culpa præſtetur. 11, 72
Communia, & publica Jure naturæ pro iiſdem accipiuntur in tractatu de Rerum diviſione, quatenus innoxiam utilitatem habent. 14, 17
pro Communibus habentur etiam res privatæ ſingulorum, quæ adferunt alii utilitatem, non gravem, nec damnoſam domino. 15
Communia, ſive publica alia ſunt omnium hominum Jure Gentium; alia Jure Civili Pop. Rom. vel cujuſcumque alterius civitatis. 17
Communio bonorum inter conjuges & amicos qualis. 50
Comparativus pro poſitivo. 297
Componere, & compoſitio de tranſactione. 277, 283, 492
Condictiones interdum concurrunt cum aliis actionibus. 377
Condictio cauſa data cauſa non ſecuta quando detur ei, qui pecuniam pro re dedit, & ex permutatione. 74, 75. add. Permutatio.
Conditiones impoſſibiles, pene impoſſibiles, & difficiles, quæ ſint. 435. ſeq.
Conducere pecuniam, pro fœnori accipere 187
Confeſſoria actio unde dicatur, cui, adverſus quem, & ad quid detur. 474. ad Uſusfr. vindic.
Confiteri, pro adfirmare. 474
Conſilium non eſt mandatum, etiamſi ſpecialiter alicui quis ſuadeat, quod alioqui facturus non fuiſſet. 86. ſeq.
Conſilium Magiſtratus cognoſcentis Romæ erant Decemviri litibus judicandis, vel Centumviri; in provinciis Recuperatores. 106. ſeq.
Conſilium an exercere poſſit Mandatarius juriſdictionis. 128
Conſtitutionum, & Reſcriptorum, ſive Subſcriptionum Principalium differentia. 278, 279, 281. add. Reſcriptum.
Conſtitutiones duæ, etiam diverſorum Principum, interdum in unam conflatæ in Codice Juſtin. 290
Conſtitutiones JCtorum. v. Juriſconſulti.
Conſtitutum poſſeſſorium. vid. Traditio.
Conſuetudo regulæ Juris repugnans. vid. Regula.
Conſulere, pro ſtatuere, decernere. 316.
Conteſtatio, abſolute, pro litis conteſtatione. 35, 215
Continenti ſtipulationi, pro ſtipulatione. 432
in Continenti, ex Continenti, quid ſit; & quæ pacta in continenti contractibus adjici exiſtimanda ſint. 510
Contractus. v. Conventio.
Contractus varia nomina in Jure, & definitio. 503
Contractus quidam certi, & nominati ſunt, quidam incerti, & innominati: ratio appellationis utrorumque, & diſcrimen actionum, quas producunt. 502, 504. ſeqq.
de Contractus forma, ſive natura, ſive ſubſtantia quæ eſſe dicantur. 511. 537
Contractus cum in integrum reſtitui, reſolvi, reſcindi, irritus, nullus, aut nullius momenti eſſe dicitur, ſupplendum eſt, utrum Jure civili, an Prætorio id fiat. 380
in Contractibus bonæ fidei ſemper id agi intelligitur, ut bona fides præſtetur, etſi non ſit expreſſum. 360
Contractuum bonæ fidei; & ſtricti juris differentia circa vindicandum dolum malum, & metum; circa exceptiones, & alia. vid. Bonæ fid. contract.
Conventum, & Conventio, generalia vocabula ſunt, & æque late patent ac pactum, & pactio. 486
Conventiones aliæ ſunt publicæ, aliæ privatæ; privatæ rurſum Juris gentium vel legitimæ. 499. publicæ quæ ſint, & cur a conventionibus Juris Gentium diſtinguantur. ibid.
Conventiones Juris Gentium etiam peregrinis permittuntur, ut emtio venditio, &c. cur ita dicantur, & quomodo diſtinguantur a legitimis, ſive civilibus. 500. ſeqq. aliquando ita accipiuntur, quaſi eſſent Juris Civilis. 502. quædam ſunt, quarum obligationes dicuntur civiles; quæ illa ſunt: cur ita dicantur, & quæ inter eas, & conventiones Juris Civilis ſit differentia. ibid.
Conventiones Juris Gentium ſunt vel nudæ, i. e. quæ tantum conventiones vocantur, vel non nudæ, ſive contractus 503. add. Pactum nudum.
Conventiones legitimæ dicuntur, quæ propriæ ſunt civium Rom. ut nexum, dotis dictio, &c. cur ita dicantur, & quomodo diſtinguantur a conventionibus Juris Gentium. 500. ſeqq. uſu mutata in quibuſdam articulis earum forma, in his accipi cœperunt, quaſi Juris Gentium eſſent. 502
Conventiones legitimæ etiam dicuntur, quæ Lege, vel Senatuſconſulto, vel Edicto confirmantur, ut ea pacto naſcatur, vel tollatur actio, & quæ illæ ſint. 519. ſeqq. add. Pactum nudum.
Conventio, pro admonitione extra judiciali teſtato facta. 249

Con-

INDEX RERUM & VERBORUM.

Conventus juridici qui, & ordo cognitionum in illis. 105

Cornelia Lex. v. Lex.

Creditor an, & quando rei debitæ fur, aut prædo ſit. 59

Creditores quem, & quibus actionibus convenire poſſint, transactione facta inter heredem ſcriptum & legitimum. 36, 546. quem convenire poſſint, pacto facto inter plures heredes, ut ſinguli certis creditoribus ſolvant. 544

Creditorum quorundam pactum cum communi debitore, vel majoris partis eorum pactum cum herede defuncti, quatenus noceat aliis. 544. add. Pacta creditorum.

Crimen capitale. vid. Capitale.

de Criminibus pactio, vel transactio. vid. Pactum. Transactio.

Crux pœna latronum. 77

Culleus pœna parricidii. 25

Culpa lata quæ ſit. 30. ſeqq. 334

Culpæ latæ, & doli diſcrimen: quo ſenſu culpa lata dicatur dolus eſſe, ac dolo comparetur: & quando infamet. 30, 31

quæ Culpa præſtetur in pignore; quæ in commodato. 11, 72, 334

Cultura & Cura idem ſunt; & non factum, ſed jus colendi notant. 47, 522

Cuſtodia & diligentia non ſemper notant exactiſſimam; ſed modo majorem, modo minorem, pro natura contractuum. 72. ſeq.

D.

D & T facile permutantur. 58

Dactyliothecæ Veterum. 301, 399

Dare plus eſt, quam tradere, & notat tranſlationem domini Quiritarii. 53. ſeq.

Dare cum Infinitivo. dedit reverti; dedit accumbere. 306.

De ergaſtulo, de palæſtra, de ſymphonia, de ſchola, &c. 424

Decemviri litibus judicandis adſidebant Magiſtratui pro tribunali cognoſcenti, & ipſi quoque Magiſtratus vocantur. 102, 107

Decemvirorum judicia non erant propria, nec a prætoria cognitione ſeparata. 108

Decere etiam dicuntur ea, ad quæ quis tenetur. 300

Decidere, & Deciſio de transactione. 492. 559

Decreta Juris. vid. Jus.

Decreta Philoſophorum. 583

Decretum Prætoris quid. 99

Decretum eſt pars jurisdictionis, ſive mixti imperii. 99, 104

Decretum duplex erat, vel in ſpecie ita dictum, vel ſubſcriptio: hoc de plano, aliud pro tribunali fiebat. 104

Decuriones abuſive, & per ambitionem dicuntur Senatores. 96

Decuriones admiſſo crimine capitali capite puniuntur; ſed Præſes de pœna damnatorum prius ad Imperatorem ſcribere debet. 297, 346.

Defectus probationum. vid. Probatio.

Definitiones Veterum ſæpe tantum exemplis conſtant. 95, 97, 354, 490

Demolire. 468

Denunciati pœna. 571

Deponere. vid. Ponere.

Deponi ſolebant pecuniæ in ædibus ſacris. 238

Depoſitio pecuniæ debitæ a debitore facta. ibid.

Depoſito adjectum pactum, ne de dolo agatur, aut, ne depoſiti agatur, dolo nondum admiſſo, quam vim habeat. 538

e Depoſito quando uſuræ peti poſſint. 540 ſeq.

Deſertores ultro reverſi, vel per patrem oblati levius puniuntur. 52

Diæta quid. 416

Difficile eſt, non facile eſt, formulæ negandi apud JCtos. 373

Diligentia. vid. Cuſtodia.

Diminutiva non minuentia ſignificationem. 41

Directo, i. e. ſine novo facto, ſine nova conventione, ipſo Jure. 374

Diſputationis Fori ratio ac vis. 161

Diſputatione Fori ſæpe uno in caſu aliquid receptum fuit, nec ſtatim porrectum ad alios ſimiles, niſi ſuperveniente nova auctoritate. 539

Diſſimulatio. vid. Veritas.

Diſtinctiones, ſive interpunctiones, mutatæ. 12, 48, 49, 467, 486, 490

Diviſio ejuſdem generis in ſpecies modo bipertita, modo tripertita eſt. 27, 343

Diviſioni bipertitæ ſæpe tantum unius ſpeciei exemplum ſubjicitur. 32

in Diviſione generis interdum ſpecies mixtæ prætereuntur; interdum duabus propoſitis ſpeciebus deinde tertia mixta ſubjicitur, quaſi & ipſa enumerata, cum non ſit enumerata. 26. ſeq.

Diviſionis beneficium. vid. Fidejuſſor.

Do ut des, do ut facias. vid. Permutatio. & Contractus.

Dolus quid, & unde dictus. 353 bonus, vel malus; quis bonus, & an licitus humano jure. ibid.

Doli mali definitiones expenſæ. 354, 528

Doli mali diſtinctio vulgata in dolum cauſam dantem contractui bonæ fidei, & in eum incidentem, non nititur auctoritate Juris. 114, 356, 377. diſcrimen circa contractus bonæ fidei, & ſtricti juris magis eſt Juris Civilis, quam Gentium. 357

Dolus malus qualiſcunque, ſive incidens, ſive cauſam præbens, in bonæ fidei judiciis ipſo Jure civili officio Judicis ſine ulla opera Prætoris corrigitur. quod non Lege lata, ſed diſputatione Fori inductum eſt. 357. 359, 360. 364

Dolo malo deceptus in contractu bonæ fidei adverſus decipientem poteſt agere actione b. f. eaque a contractu, quaſi invalido & imperfecto, Judicis officio ipſo jure diſcedere. 365. ſeq. poteſt etiam ita agere actione b. f. ut purgetur dolus ſalvo contractu, v. g. ut præſtetur, quanto minoris, aut pluris emiſſet, aut vendidiſſet, ſi non interveniſſet dolus. 366. ſeqq. interdum etiam poteſt agere b. f. judicio, ad id quod ſua intereſt, ſe deceptum non eſſe. 368

Dolo malo factus contractus bonæ fidei, etſi nullus eſt, tamen actionem producit, & qua ratione. 372. ſeq.

Doli mali actio & exceptio quomodo inſint b. f. judiciis. 363, 376. add. Exceptiones.

ob Dolum malum cum dicitur nullus eſſe contractus b. f. id non notat, nullum eſſe ejus effectum adverſus decipientem, ſed exceptionem actionemve doli mali ineſſe b. f. actioni ex eo contractu. 379

Doli mali in contractibus b. f. emendandi actio utilis dicitur. 372. actio quando, intra quod tempus, & ad quid data ſit ab Aquilio, & quatenus detur in heredem. 357. actio temporalis eſt, exceptio perpetua, & cur. 359

de Dolo actio non datur, niſi aliter res ei, ad quem pertineat, ſalva eſſe non poſſit. 378

Dolus malus in contractu bonæ fidei admiſſus a tertio, vindicatur actione de dolo, non actione b. f. in contractu b. f. admiſſus non impedit traditionem, tranſlationemque dominii per eam. 381

Doli mali exceptio quando opponenda. vid. Exceptio.

Dolus malus in contractibus ſtricti juris ante Edictum Galli Aquilii nec Civili, nec Prætorio Jure vindicabatur, niſi ſtipulatio de dolo interpoſita, vel minor circumſcriptus fuiſſet. 357. ſeq. in iiſdem poſt Edictum Aquilii Jure Prætorio vindicari cœpit vel exceptione doli mali re integra, vel actione de dolo, re tradita. 358

ad Dominium per traditionem transferendum, non ſemper requiritur cauſa vera, ſed ſufficit cauſa, ex qua dominium transferri ſolet, etiamſi ea tantum ſpe, aut opinione tradentium ſubſit. 380

Dominium uſusfructus dicitur habere fructuarius. 426

Do-

Dominium non continetur nomine Uſusfructus. 390
Dominus pro Marito. 397. quia in lege Aquilia accipiatur. 556. ſeq.
Domus & Ædium diſcrimen. vid. Ædes.
Domus Uſusfructus. vid. Uſusfr. domus.
Donare quando ſit perdere. 392
Donationis, & pollicitationis diſcrimen. 247
Donatio nudo pacto fieri poteſt. vid. Pactum nudum.
Dotis dictio eſt conventio Juris Civilis; deque ejus ſolemnibus, & perſonis, quæ dictione dotem poſſunt promittere. 501
Dotis ſtipulatio. vid. Pactum tacitum.
Dotia promiſſio metu expreſſa. V. Metus.
Dos nudo pacto promiſſa. vid. Pactum nudum.
Dos marito promiſſa conſtante matrimonio ab eo non puteſt peti actione bonæ fidei. 245
de Dote reſtituenda pactum, contra quam de ea re Legibus definitum eſt, factum non ſervatur; uti nec pactum ne dolus in dote præſtetur. 541
Dotis uſuræ. vid. Uſuræ.
Dubito an. magis adferendi, quam dubitandi vim habet. 145.·168. add. Vereor.
Ducare, Ducarius, Ducator, Ducatus. 168

E.

Edictum peremptorium plerumque poſt duo, aliquando etiam poſt tria Edicta impetratur. 304
Edicti perpetui ordo circa materiam de Pactis, de Edendo, de in Jus vocando. 484, 498
Edictum vetus interdum a Juliano interpolatum in Edicto perpetuo. 537
Edictum Prætoris Lex dicitur. 520
Editio actionis pro arbitrio actoris fieri poterat ante vocationem in Jus. 484. poſt Editam actionem in jus vocatus ſtatim in Jure apud Prætorem actori reſpondere, & litem conteſtari cogebatur, non ante editam actionem vocatus. ibid.
Editio actionis ante litem conteſtatam mutari poterat, non poſt eam, niſi impetrata reſtitutione in integrum, & cauſa a Prætore cognita. 110. ſeq.
Effundere oculum. 144
Emancipatio ſpeciali conceſſione Magiſtratibus competit, nec mandari poteſt. 325
Emancipatus filius in poteſtatem patris reverti poteſt per arrogationem. 344
Emtionis venditionis, & permutationis differentia. 75. ſeq.
Ἐν διὰ δυο. 462
Enim, Etenim, Etiam ſæpe permutantur. 361, 455
E re conſtituere quid. 82, 505
Ergaſteria pro officinis, vel tabernis mercatorum, negotiatorumve. 232
Errores magnorum virorum, memoriæ vitio, feſtinatione, aliave qua cauſa admiſſi. 21, 24, 64
Errores Veterum non ſunt diſſimulandi. 123, 36, 142, 549
Error, etſi non habeat vim ad alios nocendum, tamen ſæpe erranti damnum adfert. 464
Erus, pro herus. 138, 345
Etenim. vid. Enim.
Etiam. ibid.
Etiam, ſæpe omittitur. 490
Eurematica JCtorum. 310, 314. 408
Exceptio, pro pactione; Excipere, pro paciſci. 85, 512, 522, 529. pro replicatione. 529
Exceptiones in bonæ fidei judiciis, etiam non incluſæ formulæ, poſt litem conteſtatam apud Judicem in judicio allegari poſſunt. 34, 35, 512. ſeq. 258. 358, 363. ſeq. 510. b. f. judiciis ineſſe, vel contineri quid ſit. 363. quæ b. f. judiciis inſunt, actiones ipſo jure tollunt, & exceptionibus opponuntur. 364
per Exceptionem, & Officio judicis; item per Exceptionem tolli, & Exceptionem judicio ineſſe, opponuntur. 513
Exceptiones in ſtricti juris judiciis nominatim ante litem conteſtatam a Prætore poſtulari, & ab eo formulæ includi debebant; quod ſi non eſſet factum, fruſtra apud Judicem in judicio opponebantur. 34. 112. 258. 358. 363. ſeq. 510. in ſ. j. judiciis etiam poſt abolitas formulas in initio poſtulandæ ſunt. 116.
Exequi, pro accuſare. 275.
Exercere rem aliquam, & Exercere feras quid ſit. 309, 407.
Exilii variæ ſignificationes. 58. ſeq. quo civitas non amittitur, ſive relegationis, duæ ſpecies. ibid.
Expoſitio infantum. vid. Infantes.
Extra ordinem fieri dicuntur, quæ præter rationem Juris Civilis, aut Prætorii, vel Jure ſingulari contra regulam recepto, obſervantur. 122, 412.
Extraneus heres. vid. Heres.

F.

non Facile eſt. vid. Difficile.
in Facto, ex Facto, in Factum, pro ea facti ſpecie, ſive e re nata. 505
in Factum actio Civilis, & actio præſcriptis verbis eadem eſt. ibid.
in Factum actio, pro utili actione. 151, 161, 164.
de Falſi crimine transactio. v. Transactio.
Ferre, pro auferre, vel percipere. 395
Fictiones Juris quædam, & cur inductæ. 67
Fideicommiſſum inutile ſi heres per multum temporis præſtiterit, an in futurum ad ejus præſtationem obligetur. 236
Fideicommiſſorum uſuræ. vid. Uſuræ.
Fidejuſſorum plurium obligatio, non ipſo jure, ſed ope exceptionis dividitur. quæ in jure a Prætore poſtulari debet ante litem conteſtatam. 34
Fidejuſſorum pacta cum creditore: & quando fidejuſſoribus proſint pacta rei principalis. vid. Pactum.
Fiduciæ, pignoris, & hypothecæ diſcrimen. 325, 331.
Fiducia contracta dominium pignoris transfertur in creditorem. 327. 331.
Filiusfamilias quarum rerum proprietatem habeat Jure veteri, & novo. 451
Fiſcus ex contractibus ſuis non debet uſuras ex mora, niſi in privati locum ſuccedat. 248
Fiſco uſuræ ſemiſſes conſtitutæ ſunt. Antoninus eidem rei judicatæ centeſimas conſtituit. 223. 232. 234
Fiſco quæ uſuræ debeantur, ſi hereditatem petat ab eo, qui tacitum fideicommiſſum ſuſcepit. 227
Fiſco e contractibus ſuis uſuræ tardioris ſolutionis debentur, etiamſi nulla mora ex perſona intervenerit. 251
Fiſci privilegium, quod ad uſuras petendas, non habet, qui experitur mandatis a fiſco actionibus. 252
a Fiſco qui emit non debet uſuras ante traditionem. ibid.
Flagellorum pœna ſervilis. 43
Flumina, & rivi cubiculis, & tricliniis inducebantur apud Veteres. 8. 311. 418
ſi Flumen agrum alicujus occupaverit, ac deinde rurſum reliquerit, quid juris ſit circa agrum illum. 1. 469
in Flumine publico quatenus ædificare liceat. 69
in Fluminis publici utraque ripa qui domus habet, an pontem in flumine facere poſſit. 69. 70
Fœnus antiqui magis de acceſſione ſortis dicebant, quam uſuram; conſuetudine loquendi uſura pro fœnore dici cœpit. 176. 180. unde dicatur. 180. proprie pro uſuris, interdum pro ſorte accipitur. 181
Fœnoris cur ſpecialem contractum non fecerint JCti. 179
Fœnus, & uſura quomodo diſtinguantur, poſtquam in bonæ fidei judiciis uſura cœpit deberi ex mora officio judicis. 182
Fœnus nauticum. vid. Nauticum fœnus, & Uſura pecuniæ trajectitiæ.

Fœ-

Digitized by Google

Fœnoris unciarii, & uſuræ centeſimæ diſcrimen. 210
Fœneratorum fraudes. vid. Uſurarum legitimos modus.
Foricarii, Foricularii, Foricarium. 251
Forma aquæductus quid. 413
Formare, & informare actionem cum dicuntur pacta adjecta, quid id ſit. 510
Formulæ actionum, cautionum, Edictorum, & Interdictorum ſæpe tantum primis verbis proponuntur. 434. 578
Formulæ veteres judiciorum a Theodoſio, & Valentiniano, non a Diocletiano & Maximiano, ſublatæ ſunt. 116
in Fraudem legis quæ fiant. 520
Fructus animalium, pro eorum fœto. 309. 407
Fructus annuus fundi legatus. vid. legatum fructus.
Fructus induſtriales, naturales. vid. Poſſeſſor bonæ fid.
Fructus prædiorum, pro uſufructu. 397
Frui quid ſit, & quomodo differat ab uti. 388. 393
Fuga, pro relegatione. 59
Fuga lata quid. 58
Fundus diſtinguitur a loco. 2
Fundus ut optimus maximuſque eſt, quid ſit. 411
Fundi uſusfructus legatus. vid. Uſusfructus fundi.
Fur pro ſervo. Furari proprium ſervorum. 143
Furem nocturnum quoquo modo occidere permittit lex XII. Tabb. & lex Cornelia de Sicariis; diurnum ſi ſe telo defenderit; nec opus eſt ex his Legibus teſtificatione cum clamore. 22. 143. ſeq. 313.
Furis nocturni, diurnive cædes lege Aquilia æſtimatione civili damni punitur: niſi periculum aliter evitari non potuit; quod cum clamore teſtificandum ſuadent JCti. 314
Furca, pro cruce. 77
Furtum non fuit, quod Hebræi Dei juſſu Ægyptiorum veſtes, ac vaſa retinuerunt. 197
ne Furti agatur pactum, quam vim habeat. vid. Pacta de delictis privatis.
Fuſiones fiſco præſtare, quid. 413
Fuſtes pœna liberorum tenuium. 43

G.

Gajus quando Inſtitutiones ſcripſerit. 246. 324.
Geminationis literarum, & ſyllabarum ratio, ejuſque ope loca aliquot reſtituta. 41. 52. 60. 206. 221. 261. 316. 336. ſeq. 404. 420. 440. 448. 462. 494.
Gemmarum collectio, & oſtentatio apud antiquos. 302. 399
Gerundia in dum cum accuſativo, v. g. permittendum eſt actionem. 554
Geſtationes Veterum. 402
Gladii poteſtas quid. 97. ſeq.
Gloſſæ interpolatorum in libris Juris deprehenſæ. 3. 32. 34. 49. 83. 84. 113. 128. 129. 131. 140. 168. 247. 287. 307. 334. 340. 370. ſeq. 404. 470. 478. 494. 522. 524. 562.

H.

Habitationis, & uſus legatum quibus rebus conveniat, vel differat. 63
Habere licere qui promiſit, ad quid obligetur. 54
Haſta decemviralis, Centumviralis, Haſtam cogere. 107
Hebræorum Reipublicæ incipientis conſtitutio, & ratio. 159
de Hebræorum veſtimentis & calceis in deſerto non inveteratis, nec attritis, quod dicitur, quomodo ſit accipiendum. 197 ſeq.
Heres ſemel factus, non poteſt deponere perſonam heredis, & manet obligatus creditoribus defuncti, etiamſi hereditatem in jure ceſſerit, vel pactionem de ea fecerit, vel bona hereditaria amiſerit. 36. 547 ſeq.
Heredum pacta, vel tranſactiones inter ſe, vel cum aliis, an noceant creditoribus. vid. Pactum tacitum. Pacta heredum. Tranſactio.
in Herede extraneo duo, an tria tempora requirantur, quibus cum eo teſtamenti factio eſſe debet. 28
Hereditatis expilatæ crimen non eſt furtum. 577
Hic, pro hoc caſu. 143
Homicida, quantum ad leg. Corneliam de Sicariis, idem eſt, qui latro, id eſt, qui dolo malo hominem occidit. 77
Homicidii, ſive latrocinii, pœna ex leg. Cornelia de Sicariis, & quæ deinde ſubſtituta. 24. 77. 278. 297.
Homicidium ex leg. Cornelia non eſt, quod in rixa fortuita inconſulto impetu factum eſt, licet gladius ſtrictus fuerit. 78. ſeqq.
Homicidii, quod in rixa fortuita, item, quod caſu ex laſcivia, & culpa fit, pœna. ibid. 141. fortuiti pœna ex lege Numæ. 142
Homo, pro ſervo. 139
Horrea publica. 72
Hoſticolum 41
Humanitas, ſive philanthropia. vid. Obligatio.
Hyperbolicarum locutionum vis, & uſus. 200
Hypothecæ, pignoris, & fiduciæ diſcrimen. 325. ortæ ſunt e Jure Prætorio, non Civili. ibid. 520
Hypotheca Jure Prætorio nudo pacto conſtituitur, & tollitur, ſi conventum ſit, ne pignus petatur. 48. 521. ſeqq. utrum ipſo jure, an per exceptionem tollatur, ſi conventum ſit, ne pecunia petatur, vel ſi creditoris voluntate vendita ſit. 49. 83. 521. ſeqq.
de Hypotheca alienanda conventiones. v. de Pignore alienando conventio.
Hypothecaria actio. vid. Pignus. Serviana. non datur creditori adverſus poſſeſſorem, niſi probet, rem ſibi jure pignoris teneri. 326
Hyſterologia. 494. 508

I.

Javoleni ætas. 245
Id eſt, pro idem eſt. 29
Id eſt, interdum declarandi, non definiendi vim habet. 509
Idoneus homo quis. 32
Iduarii quidam an fuerint, qui Idibus pecuniam publicam relegerent. 206
Idibus an etiam pecunia fœnebris dari, & repeti ſoleret. 206. add. Kalendæ.
Illata, & invecta. vid. Pignus tacitum.
Imaginis, & ſtatuæ diſcrimen. 308
Impendium, pro uſura. 183
Imperitia. vid. Lex Aquilia.
Imperium Magiſtratus quid, & quotuplex. 95
Imperium, & juriſdictio idem in Romanis Magiſtratibus. 95. 97.
Imperium a juriſdictione diſtinguitur ratione Magiſtratuum municipalium, qui imperium non habent. 96. 120. mixtum quid ſit, & cur ita dicatur. 98. mixtum non abſolvitur ſola coërcitione; ſed coërcitio eſt pars imperii, ſive juriſdictionis. 120
Imperii mixti duæ ſunt partes, decretum, & Judicis datio, ejuſque rei origo. 99 ſeq.
Imperium mixtum, quod jure Magiſtratus competit, mandari poteſt. 119 ſeqq.
Imperium merum quid ſit; cur ita dicatur, & quo ſenſu a mixto diſtinguatur. 97. etiam cognitionem, & decretum continet. 98. principio apud Reges, poſtea ante legem de provocatione apud Conſules erat, propter vim imperii. 122. mandari non poteſt, niſi quatenus a Lege, aut Conſtitutione permittitur, nec alii, quam cui Lex aut Conſtitutio permittit. 122. 123. ſeq. Præfectus Urbis non poterat alii mandare, quam Vicario Urbis. 124. ſeq.
Impubes injuriæ capax quis dicatur. 152
In abundat. in gladio aliquem percutere. 78
Incerta nomina. 229
Incorporales res a quibuſdam adnumerabantur iis, quæ non ſunt. 39.

Digitized by Google

39. 442. quomodo tradantur. 449. 458. 462. quomodo vindicentur. vid. Vindicatio.
Ineptia, & Inertia quid. 30. pro culpa lata habentur. ibid.
Ineſſe alicui rei, & Ineſſe contractui, vel judicio bonæ fidei quæ dicantur. 95. 363: 510.
Infans quis. 152. ſpecialiter, pro recens nato, ſanguinolento. 585
Infantes recens natos multarum gentium moribus licebat parentibus exponere, aut necare. 568. ſeqq. exponendi, necandive licentia Legibus Romuli & XII. tabb. reſtricta, ſed deinde moribus ſine reſtrictione permiſſa fuit. ibid. exponendi, necandive mos. etiam ætate JCtorum, e quorum ſcriptis Pandectæ ſunt compoſitæ, obtinuit. ibid. exponendi, necandive mos non eſt ſublatus Senatuſconſulto Planciano, neque eo, quod ſub Hadriano factum eſt. 571. non eſt ſublatus Reſcripto DD. Fratrum, neque Edicto Prætoris, neque remedio, quod majori trimo extra ordinem datur. ibid. adhuc obtinuit tempore Diocletiani. 572. ſeq. obtinuit etiam tempore Conſtantini M. qui ſanguinolentorum liberorum venditionem ob paupertatem permiſit, expoſitionem, & necem non prohibuit. 573. ſeq.
Infantum expoſitio aut nex primum prohibita eſt a Valentiniano, Valente, & Gratiano, pœna capitali Legis Corneliæ de Sicariis, cum ante neque ordinaria, neque extraordinaria ejus rei pœna eſſet. 575. ſeq. 580. ſeq.
Infantis exponendi prohibitio generalis eſt, pertinetque ad omnes, quibuſcumque in locis, & quacumque de cauſa eos expoſuerint. 581. ſeq.
Infantis alieni cædes jam olim vindicabatur Lege Cornelia de Sicariis, ſui agniti Lege Pompeja de parricidiis, ex Conſtitutione Conſtantini. 580 ſeq.
Infantem exponere, aut necare, tam matri, quam patri licebat. 571. 581.
Infantum expoſitioni, necive, quem colorem prætexuerint Veteres. 568. 581. 585
Inferre pœnam, quantitatem, debitum. 527
Infinitus, pro indefinitus. 217
Informare ſectionem. vid Formare.
Injuriæ propulſatio juris naturalis, an gentium ſit. 12
de Injuriis pacta. vid. Pactum.
Injuria in Lege Aquilia quomodo accipiatur. 140. 167
Inofficioſi teſtamenti querela quando, & a quo repeti poſſit, ſi tranſactio de lite facta, non ſit ſervata. 526
Inopia interdum dicitur, cum nimia copia incertam facit electionem. 61. ſeq. Inopia probationum. ibid.
ex Inſcriptionibus, & Subſcriptionibus legum inveſtigata earum ſententia. 10, 14, 22, 24, 39, 53, 65, 87, 94, 96. ſeq. 102, 110. ſeq. 119. ſeq. 130, 133. 138, 143, 145, 152, 223, 234, 238, 244, 253, 255, 272, 278, 290, 303, 314. 324. 329. 331, 361, 372, 375, 382, 389, 392, 419, 449, 450, 457, 473, 477. ſeq. 484, 491, 498, 502, 510, 519. ſeq. 529, 533, 536, 542, ſeq. 548, 556, 562, ſeq. 571. ſeq. 576, 579, 581, 583.
Inſtrumenti fundi, vel ædium uſusfructus continetur legato uſufructu fundi, vel ædium, & quæ ſint in inſtrumento. 405 ſeq. 415
in Integrum reſtituere contractum quid. vid. Contractus.
Interdictum de aqua, de qua aqua, & quibus caſibus detur. 9
id quod Intereſt quomodo æſtimetur, pecunia debita non ſoluta, vel corpore debito non ſoluto, vel pecunia certo loco promiſſa, & eo non ſoluta. 215. ſeq.
Interitus rei nihil aliud eſt, quam mutatio ejus in aliam formam. 465
Interpretor, paſſivé. 468
Interrogatio interdum tacitam reſponſionem continet. 501, 254, 309, 335, 407, 545. Interrogatio, pro ſtipulatione. 235
Inverecundum eſt, Inverecunde ſit, pro eo, quod injuſtum eſt, quod contra jus ſit. 300
Ipſe, & Ipſa, pro herus, & hera. 345
Ire ſimul, pro ſimul fieri. 563
Irritus contractus. vid. Contractus.
Iter, pro jure itineris. 48, 522. Iter, aditus ad ſepulcrum. vid. Sepulcrum. Iter, aditus ad ſepulcrum, aut fundum fructuarium, jure civili a vicino non debebatur; conſuetudine factum eſt, ut peti poſſet, & quomodo. 410. ſeqq.
Judicis datio quid. 99. in cauſis ordinarii juris non erat arbitraria, ſed neceſſaria; in his, quæ cognitionis erant, judex dari non poterat. 100
Judex fere dabatur in cauſis facti, interdum tamen de æquo, & bono judicabat. 101. ſeq.
Judicum lectio, relatio in album ac decurias, & excuſatio. 109. ſeq.
Judex non poterat dari niſi e ſelectis, & ſorte, vel ſine ſorte e conſenſu litigantium, & an hic etiam e medio populi dari potuerit. 109. ſorte datus recuſari poterat, conſenſu partium datus non poterat. 110. Judex addici dicitur: formula in ea re uſitata, & Judicis addicti munus. ibid.
Judicis addicti poteſtas a Prætore formula circumſcribebatur, quam egredi non poterat, niſi voluntate litigantium. 110. ſeqq.
Judex non poteſt judicare de re, quæ poſt conſtitutum judicium ſupervenit. 110
Judicis poteſtas in ſtricti juris judiciis adſtrictior erat, quam in bonæ fidei judiciis, in quibus laxior formula dabatur. 112
Judex in quibus judiciis exceptiones admittere potuerit. 112. vid. Exceptiones.
Judex, ad quem lite conteſtata res tranſibat, quomodo, quo loco, & cum quibus eam cognoſceret. 114
Judicum datio non omnino ſublata eſt a Diocletiano, & Maximiano 115
Judex pedaneus quis. 115. dicitur Magiſtratus municipalis. 96
Judex quæſtionis quis, ejuſque munus. 123. etiam Quæſitor vocatur, publico judicio præeſſe, & ex Lege quærere dicitur. ibid. quibus caſibus, & Legibus judiciorum publicorum additus fuerit Quæſitori, incertum eſt. 124
Judex etiam vocatur Adſeſſor. 107. Magiſtratur, ſive Prætor. 107. 114. 123. 129. Contul. 572
Judicis ſententia, etſi erronea, interdum ſpeciale jus facit. 495
Judicia omnia vel ordinaria erant, vel extraordinaria, tertium genus arbitrariorum nullum erat. 100
Judicium incipere, & res in judicium deduci dicitur a lite conteſtata. 115
Judicium acceptum, vel ſuſceptum, & lis conteſtata pro eodem dicitur. ibid.
Judicii accepti dies interdum ponitur pro die ſententiæ. 260
Judicare, pro Judicem dare. 99
Judicare, & Judicanti in conſilio adeſſe, diverſa ſunt. 107
Judicare etiam dicitur Magiſtratus. ibid.
Juratoria cautio non liberat reum in jus vocatum, quo minus carceri includatur, ſi non habeat fidejuſſores, quibus caveat judicio ſiſti. 340 ſeq.
JurisConſultorum variationes. 36, 155, 338. ſeq. 427, 513, 548. modeſtæ locutiones. 300, 373, 551. Reſponſis, an Commentariis major fides habenda ſit, ſi contraria in his tradantur. 36, 548. Reſponſa ante Theodoſium pertinebant ad Jus non ſcriptum. 537
Juris Conſulti conſtituere, & conſtitutiones eorum dicuntur. 517
in JCtorum fragmentis ſæpe definitur, quid ſtricti juris ſit, omiſſo eo, quod ex æquitate contra jus ſtrictum inductum eſt. 552. add. Regula Juris.
Juriſdictio quid. 93. proprietate verbi dicitur non ſolum, quæ Jure Magiſtratus, ſed etiam, quæ nominatim Lege, aut Conſtitutione defertur, & merum imperium. 93. ſeq. frequentius dicitur

citur de ea, quæ Jure Magiſtratus competit, & de civilibus cauſis eſt. 94. 120
Juriſdictio & imperium in quibuſdam Magiſtratibus diſtincta ſunt. vid. Imperium.
Juriſdictio Magiſtratuum Romanorum, & municipalium quomodo differat. 97
Juriſdictionem mandandi origo. 118. mandatam qui ſuſcipit, nihil proprium habet; ſed ejus, qui mandavit, juriſdictione utitur; niſi a Principe ei aliquid proprium datum ſit. 118. ſeq.
Juriſdictionis Vicariorum, & Vices agentium diſcrimen. 119
Juriſdictione univerſa mandata ad mandatarium tranſeunt ea, quæ mandanti competunt Jure Magiſtratus, non quæ ſpeciali Lege, aut Conſtitutione. 119. ſeq. 122. 125
Juriſdictionis parte mandata tantum ea pars tranſit, ſi Jure Magiſtratus, non ſpeciali Lege, aut Conſtitutione mandanti competat. ibid.
Juriſdictio ſpecialiter conceſſa non poteſt mandari, niſi cui Lex, vel Conſtitutio permittit. 123. ſeq. 126
Juriſdictione mandata mandatarius Prætor, Præſes, Magiſtratus appellatur, & mandantis tribunali utitur in cauſis cognitionis. 120. 127. conſilium exercebat in pleriſque cauſis, in quibus mandans. 128. in cauſis ordinarii Juris judicem dare poterat, & quando id ei ademtum fuerit. 129
Juriſdictio prorogata quæ. 130. confirmata fuit Lege Julia judiciorum privatorum. ibid. naſcitur e qualicumque conventione expreſſa, ſive nuda, ſive non nuda. ibid. etiam e tacita conventione, ſi quis litem apud judicem incompetentem conteſtatus ſit; non ſi tantum in jus vocatus venerit, & actionem ſibi edi deſideraverit. 131. Juriſdictio non prorogatur, ſi error, aut metus in conventione intervenit. 132. ut prorogetur, ſufficit conſenſus litigantium, Prætoris non requiritur. ibid. non poteſt prorogari, niſi in eum, qui juriſdictionem habet pro tribunali, aut aliam, licet mandatam. 132. 133. prorogatur in cauſis civilibus, non in criminalibus. ibid.
Juriſdictio, pro Edicto Prætoris. 48. 521
Jus, pro facultate moribus, aut legibus conceſſa. 387
in Jus vocandi ratio priſca. 484. ſeq.
in Jus vocatus quam cautionem præſtare debeat. vid. Juratoria cautio.
Jus naturæ qua ratione immutabile dicatur. 52
Jus dicere quid. 93
Juris diviſio modo bipertita, modo tripertita. 27 ſeq.
Juris præcepta diverſa ſunt a regulis juris. 410. 568. 579. 582.
Juris condendi poteſtatem unde habeat Princeps. v. Princeps: & Lex Regia.
hoc Jure utimur, formula loquendi JCtorum, notat aliquid conſuetudine receptum eſſe contra regulas Juris. 5. ſeq. 346. 487. 501
Jure Magiſtratus deferri quæ dicantur. 121-126
Juſjurandum ſuppletorium quando deferatur a judice. 62
Juſtiniani errores. 441
Juſtitiæ definitio expoſita. 55. ſeq.
Juſtus Stoicus quis ſit. 56

K.

Kalendæ ſolemnes erant uſuris ſolvendis. 205
an a Kalendis ad Idus fuerit data dilatio ſolvendarum uſurarum. 205 ſeq.
Kalendis Martiis inferri ſolebant penſiones locatorum fundorum. 395
Kalendaria privatorum, & civitatum. 205
Kalendarii Civitatum, pro hominibus, qui fœnori ponebant pecuniam publicam. 206

L.

Latro. vid. Homicida. Latronum pœnæ. 77
Legare ſtatuas ponendas, quid ſit. 178
Legata annua, menſtrua. vid. Alimenta.
Legati, fructus annuos fundi do lego, &, reditus fundi dari volo, diſcrimen. 10
Legatum ſupellectilis ſuæ omnis. vid. Supellex.
Legatorum uſuræ. 246
Legati per damnationem relicti diſcrimen ab aliis legatis, quod ad uſuras. 247
Legati per damnationem differentia a legato per vindicationem in uſufructo legato. 446. 448.
Legatorum ſervandorum cautio heredi a teſtatore, vel legatario remitti poteſt, & qua ratione. 434. ſeq.
Legatus, abſolute, & Legatus Cæſaris, pro Præſide. 126
apud Legatum Cæſaris manumitti poteſt, poſtquam provinciam ingreſſus eſt; apud Legatum Proconſulis non poteſt, etiamſi provinciam ingreſſus ſit. 125
Legis Aquiliæ auctor, & capita incerta ſunt. 138. primo capite cautum fuit de alieni hominis, vel quadrupedis cæde, & quis homo alienus, vel quadrupes pecus intelligatur. 138. ſeqq. actio directa ceſſat, ſi homo liber injuria occiſus ſit; utilis ex mente Legis videtur dari. 139
Lege Aquilia non videtur nominatim cautum fuiſſe de intercepta utilitate. 138
Lex Aquilia tantum coërcet cædem injuria, i. e. qualiquali culpa, non jure aut caſu factam. 140. ſeqq.
Lege Aquilia non tenetur, qui latronem vim facientem occidit, ſi aliter periculum effugere non potuit. 141. ſeq. tenetur, qui latronem percuſſurus alium imprudens percuſſit. 141. qui furem nocturnum occidit, cum adprehendere poſſet. 22. 23. 143
Legis Aquiliæ, Legis Numæ, & Legis Corneliæ de Sicariis diſcrimen, quod ad cædem hominis. 142
Lege Aquilia non tenetur, qui facit, quod faciendi jus habet; niſi modum exceſſerit. 144. ſeq. tenetur, cujus culpam caſus ſecutus eſt. 146. ſeqq. an teneatur, qui in lucta, pugilatu vel pancratio alium occidit. 148
in Lege Aquilia imperitia artis, quam quis profitetur, aut infirmitas in re, quam ſuſcepit, culpæ adſcribitur. 149. 150. 169
Lege Aquilia tenetur, qui injuria occidit; non furioſus, non infans, non impubes, niſi injuriæ capax ſit. 152. tenetur is, cujus juſſu homo liber manu occidit, ſi jus ei imperandi habuit. 153. & inſuper actione noxali tenetur dominus, cujus juſſu ſervus hominem occidit; & quid juris, ſi domino ſciente, & non prohibente occiderit. 152. ſeq. in ſolidum tenentur omnes, homine in rixa occiſo, ſi auctor cædis ignoretur. 153
in Lege Aquilia occidiſſe dicitur, qui quocumque modo vi, & manu adhibita interimit, ſive homo ſtatim, ſive poſt intervallum mortuus fuerit. 150. ſeq. item, qui ſine vi, vel manu cauſam morti præbuit; ſed ut in hunc detur actio utilis Legis Aquiliæ, & in factum. 151. utrum is putetur occidiſſe, qui hominem mortiſere vulneravit, an qui deinde ita eum percuſſit, ut ſtatim exanimaretur. 154
Legis Aquiliæ actio pœnalis ſit, an rei perſecutoria, & an in heredem ejus, qui occidit, detur. 155. datur ei, qui dominus fuit tum, cum homo, pecuſve occiſum eſt; licet temporarius tantum dominus fuerit, aut poſt factus fuerit, ſed fictione juris retro dominus habeatur. 156. ſeq. an etiam detur bonæ fidei poſſeſſori, fructuario, commodatario,

tario, & creditori pigneratitia. 157. cui detur, ſi ſervus legatur ante aditam hereditatem occiſus ſit. 156

in Legis Aquiliæ actione quomodo fiat æſtimatio occiſi hominis, aut pecudis: & an præter id quod intereſt etiam affectio domini æſtimetur. 158 ſeq.

Legis Aquiliæ ſecundum caput incognitum eſt. 159. tertio capite cautum fuit de cetero omni damno, præter hominem & pecudem occiſos, maxime ſi quid uſtum, fractum, aut ruptum fuiſſet; & quæ horum verborum vis ſit. 159. 161. an etiam de apibus, & ſimilibus feris beſtiis cautum fuerit. 160. actio utilis datur in eum, qui rem alienam conſumſit. 162

Lege Aquilia an teneatur, qui teſtamentum delevit, & cui. 162. an teneatur, qui olivam immaturam, vel uvas crudas decerpſerit, vel ſegetem deſecuerit. 163

Legis Aquiliæ directa actione non tenetur, niſi qui corpore corpus rupit. 164. utili actione tenetur, qui cauſam præbuit damno. 165. ſeq.

Lege Aquilia tenetur, qui injuria damnum dedit, i. e. dolo, vel quacumque culpa, etiam imperitia; non qui caſu, vel neceſſitate. 166. ſeqq.

e Legis Aquiliæ tertio capite quomodo fiat æſtimatio damni dati, & an etiam æſtimetur id quod intereſt. 170. cui, & adverſus quem detur actio. ibid. an detur homini libero patrifamilias vulnerato, & an filiofamilias. ibid.

Lex Cornelia de parricidiis, & Lex Cornelia de ſicariis duæ diſtinctæ Leges ſunt. 24. ſeqq.

Legis Corneliæ de parricidiis pœna. 24. de ſicariis pœna. ibid. add. Homicidium.

Lex Cornelia de ſicariis quid ſtatuerit de cæde furis diurni, nocturnive. vid. Fur.

Legis Corneliæ de ſicariis, Legis Numæ, & Legis Aquiliæ diſcrimen, quod ad cædem hominis. 142

Lex Cornelia de ſicariis tantum dolum malum punit. 22. 144

Lex XII. Tabb. de cæde furum. vid. Fur. de infantibus recens natis exponendis, vel necandis. 569. de pactis. 483. ſeqq. add. Pactum. de tutela teſtamentaria quomodo intelligenda. 340

Lege Gabinia non conſtituta fuit legitima uſura centeſima, & quid ea cautum fuerit. 211. 230

Lex Genucia de fœnore. 211

Lex Julia privatorum judiciorum. vid. Juriſdictio prorogata.

Legis Numæ pœna homicidii ab imprudente facti. 142

Lege Pompeja de parricidiis ſervata fuit vetus pœna Legis Corneliæ de parricidiis. 24. ſeqq.

Lege Regia Populus Rom. non abdicavit ſe omni ſuo jure, & majeſtate in gratiam Principis. 299. Pop. Rom. communicavit cum Principe poteſtatem juris condendi, & abrogandi; & etiam poſt eam in comitiis Leges juſſit, & Magiſtratus creavit. 299 ſeq.

Leges de Uſuris. 210

Legibus quomodo ſolutus ſit Princeps. 300

Lex per excellentiam, pro Lege XII. Tabb. 520

Lex de Edicto Prætoris. ibid.

Lex prædiorum vendundorum, pro pacto privato contractui adjici ſolito. 346

Leges fugitivæ. 57. 293. 303. 374. 376. ſeq. 532. 536.

Libellus, & tribunal; item Libellus, & cognitio, ſive decretum, opponitur. 105

per Libellum quæ fiebant, fere expediebantur de plano, interdum pro tribunali petebantur. ibid.

Libera teſtamenti factio, Libera peculii adminiſtratio, Libera rerum vel negotiorum omnium adminiſtratio, qua ratione dicantur. 558

Liberales cauſæ ordinarii juris erant, non cognitionis, niſi acceſſio eſſent cognitionis Prætoriæ, aut de Jure in iis quæſtio eſſet. 103. quando extraordinarii juris factæ ſint. 104

Liberorum procreatio, & educatio juris naturalis eſt. 12

Liberorum recens natorum expoſitio, & nex. vid. Infantes.

Libertas alia Juris Gentium, alia Juris Civilis Quiritium. 343

Liberti Latini. 27

Librarius Servus. 484

Lis quid ſit, & quomodo a re, & cauſa interdum diſtinguatur. 491

Litis conteſtatio quando fiat, & ejus effectus. 114

Litotes. 336

in Littore quatenus ædificare liceat. 69

Locare pecuniam, pro fœnori dare. 187

Locupletior: formula, In quod ego Locupletior factus ſum, ad quæ pertineat. 64

Locus. vid. Fundus.

Locus de prædiis ruſticis & urbanis dicitur. 311

in Loco aliquo ſæpe fieri dicuntur, quæ fiunt in propinquo. 312

Lucrum non ſemper ſequitur eum, cujus periculum eſt. 191

Lucta a pugilatu & pancratio diſtat. 148

Ludo licito ſi damnum datum fuerit, quid juris. 169

Ludi noxii culpam habent, quæ vindicatur Lege Aquilia; non certamina publica. 147. ſeq.

Luſtrum interdum pro quatuor annis ſumitur. 207

M.

Magis, particula, interdum omittitur. 341

Magiſtratus pro tribunali ſedentis cognitio & conſilium. 105. 106.

Magiſtratus jure deferri, & ſpecialiter, aut nominatim Magiſtratui deferri, opponuntur; & quæ illa ſint. 121-126

Magiſtratus Municipales interdum minus proprie, & per ambitionem appellantur Dictatores, Conſules, Prætores, & tribunal iiſdem tribuitur. 96. neque imperium, neque tribunal habebant, ſed ſubſellia. ibid. 120. vocantur pedanei judices. 97

Magiſtri, & Magiſtratus municipales modum caſtigationis excedentes tenentur Lege Aquilia. 144. ſeq.

Mandata Principum. 126

Mandata Juriſdictio. vid. Juriſdictio.

Mando, verbum precarium. 85

Mandati origo, & quomodo differat a commendatione, & conſilio. 86

Mandatum ſolius mandatarii gratia tantum conſilium eſt, etiamſi mandator periculum in ſe ſuſcipiat. 86

Mandatum aliena gratia parit actionem mandati. 86. licet nominatim poſt mortem mandantis conferatur, tamen morte ejus finitur. 319. de ſepulcro, monumentove mandantis poſt mortem faciendo, aut fundo monumento hereditario emendo, veneratione religionis ſuſtinetur. 320. ſeq. quod demum poſt mortem mandantis poteſt impleri, eſt contractus inter vivos, non ſpecies ultimæ voluntatis. 322

Manumiſſio ſpecialiter data eſt Magiſtratibus, nec mandari poteſt. 125. apud Legatum Cæſaris, vel Proconſulis. vid. Legatus.

Margaritæ extricatæ, & pertuſæ. 161

in Mari quatenus ædificare liceat. 69.

Matrimonium juris naturæ, an gentium ſit. 12

Matrimonii cum amicitia, mariti cum patre, uxoris cum filia comparatio. 50

Maturum quid, & quæ olivæ maturitas ſit. 163. 400.

Medici vulnerarii, chirurgi. 149

Medicorum imperitia punitur Lege Aquilia. ibid.

Medicæ mulieres, obſtetrices. 150

Melchiſedecus cur patrem, matrem, genus non habuiſſe dicatur. 32

Merces proprie, quæ pro uſu corporum locatorum datur; vel cum in eorum præſtatione, aut reſtitu-

ſtitutione mora commiſſa eſt. 178. pro uſura pecuniæ creditæ. ibid. 187
Merum quid. 97
Merum imperium. vid. Imperium.
Metalli nomine quæ comprehendantur. 306, 402
Metallis quomodo utatur fruatur fructuarius; & an etiam nova inſtituere poſſit. 403
Metu initus contractus ſtricti juris ante Edictum Aquilii de dolo malo valebat Jure Civili, & Prætorio. 382. poſt Edictum Aquilii reſcindi cœpit Jure Prætorio, actione, vel exceptione doli mali in perſonam, quibus deinde a Prætore eſt addita actio quod metus cauſa, & exceptio metus in rem ſcripta. ibid. contractus bonæ fidei Jure Civili nullus erat officio Judicis, ſine auxilio Prætoris. ibid.
Metu ſi diſceſſum ſit a contractu b. f. ſine metu perfecto, obligatio re integra contrario conſenſu tollitur, ita ut neceſſaria ſit actio Prætoria, Quod metus cauſa. ibid.
quod Metus cauſa actio habet locum in b. f. contractibus, ſi alia actio non ſit. ibid.
Metu expreſſa promiſſio dotis ſingulari ratione auxilio Prætoris non indiget, etſi ſtricti Juris ſit. 383
Minor 25. annis curatorem non habens paciſcendo obligatur; ſed fragilitate conſilii lapſus in integrum reſtituitur. 542. curatorem habens ſine conſenſu illius jure civili non obligatur: Ipſe ſibi alios obligare poteſt. ibid. ſeq. veniam ætatis habens e contractibus ſuis obligatur, nec in integrum reſtituitur. 543
Mixtæ actiones. 27
Mixtum imperium. v. Imperium.
Modo & Non permutantur. 60, 156.
Monumentum. vid. Mandatum, & ſepulcrum.
Mora quid. 248. ſeqq. plerumque committitur ante, interdum poſt litem conteſtatam. 247. tam a creditore committitur, quam debitore. 249
Mora e perſona quæ fieri dicatur. ibid. non eſt, niſi quis jure interpellatus ſit, tam in obligationibus puris, quam conditionalibus, & iis, quæ ex re dilationem accipiunt. 249. ſeq. diſtinguitur a tardiore ſolutione. 249. an admittatur per unam interpellationem. 249. ſeq.
Mora non eſt, ſi juſtam cauſam ceſſandi habuerit, qui interpellatus eſt; & quæ videantur juſtæ cauſæ ceſſandi. 250
Mora ex re quibus e cauſis naſcatur. 249, 251. ſeq. 253. ſi cum mora ex perſona comparetur, vix habetur pro mora, & interdum negatur eſſe mora. 253. 233. e Mora ex re debentur uſuræ ſine interpellatione. 251. Mora ex re fit in minorum perſona e ſolo tempore tardæ pretii ſolutionis, in bonæ fidei contractibus, fideicommiſſis, & legatis. 252
e Mora quando, & a quibus debeantur uſuræ. v. Uſura.
More majorum, interdum idem eſt, quod legibus. 25
Motus animi, Motus judicis, pro ſenſu, ſententia. 486
Mulier, varia ſignificatione dicitur. 365
Mulierum interceſſiones. vid. Senatuſconſultum Vellejanum.
Munerum diviſio modo duplex, modo triplex eſt. 27
Municipalis Magiſtratus. vid. Magiſtratus.
Mutatio rei fit mutatione formæ, cum res in aliud nomen tranſit. 465
Mutuum. vid. Argentum factum. commodato comparatur. 187
Mutui datio quid. 317

N.

Nam, non ſemper notat cauſam, ſed interdum idem valet, quod ceterum, vel incipiendi, & ſeparandi vim habet. 50. 285. 524
Natura contractus. vid. Subſtantia.
Naturaliter ineſſe contractibus quæ dicantur. 541
Naturaliter poſſidere, quid. 392. ſeq.
Nauticum fœnus. vid. Uſura pecuniæ trajectitiæ
de Nautico fœnore cur potius inſcribantur Tituli Pandectarum, & Codicis, quam de Nautica uſuris. 182
Negatoria actio datur domino in rebus incorporalibus, non corporalibus, & ejus rei ratio. 475
Negligentia lata, vel nimia, eſt culpa lata. 31
Negotiorum geſtorum actio directa datur domino adverſus prædonem: prædoni contraria non datur, ſed exceptio, retentio, penſatio in id, quod dominus locupletior factus eſt. 64
Negotiorum geſtor, qui pecuniam domini in uſus ſuos convertit, debet uſuras centeſimas. 213
Nexum eſt conventio legitima, ſive Juris Civilis, ejuſque ſpecies & ritus. 501. ſeq
Nocere, pro non prodeſſe. 529.
Nomina eadem rebus diverſis, & diverſa rebus iiſdem interdum in Jure Civili imponuntur, mutato, vel ampliato Jure rerum. 179
Nomina certa, incerta, quæ. 228
Nominum uſusfructus. vid. Servitutum uſusfructus.
Non. vid. Modo.
Notæ, ſive Sigla Veterum, ſæpe non recte intellecta a Librariis. 13, 40, 42, 49, 52, 58, 60, 75, 83, 108, 126, 156, 315, 322, 342, 345, 347, 440, 465, 522, 529
Nullus, vel nullius momenti contractus. vid. Contractus.
Numiſma, idem quod nummus. 301. 398
Numiſmatum vetuſtorum aureorum, & argenteorum, quibus veteres pro gemmis utebantur ad animi oblectationem, & cultum, verus eſt uſusfructus. ibid.
Nummi Philippei. vid. Philippei.
Nuptiæ. vid. Matrimonium.
Nuptiarum definitio explicata. 51
Nuptiis quibus, & quatenus communio bonorum inducta fuerit. 51
Nuptiarum per uſum, coëmtionem, & confarreationem effectus. ibid.
Nuptiæ cum fratris filia ſub Claudio Senatuſconſulto Romæ permiſſæ fuerunt; quod ad ſororis filiam non productum fuit, nec in provinciis, ſed tantum in Urbe obtinuit. 323
Nuptiæ & ſponſalia etſi ſtipulatione adſtrictæ eſſent, tamen olim ob repudiorum, & divortiorum licentiam non dabatur actio ex ſtipulatu pro ſervandis ſponſalibus, aut nuptiis. 543

O.

Oblatio pecuniæ debitæ quando legitime facta cenſeatur, ut tollat uſuras. 258. ſeq. add. Antichreſis, & Uſura tollitur.
Oblatione pecuniæ, quam non ſecuta eſt obſignatio, & depoſitio, an, & quando tollatur principalis obligatio, & utrum ipſo jure, an per exceptionem. 258. ſeq. quam creditor accipere recuſat, liberatur debitor, etiamſi eam culpa ſua perdiderit, non ſi dolo. 258, 315
Obligare, abſolute, pro obligare alium. 543
Obligationis nomen a Juriſconſultis tribuitur humanitati, ſive philantropiæ. 15
Obligationis perſonalis, & ſervitutis perſonalis differentia. 10
Obligationis inducendæ, aut tollendæ modus Jure Civili non eſt tempus, niſi res poſt tempus conſtitutum eſſe deſierit, & tamen in ceteris quoque derogatum Juri Civili, & quando. 452. 516 & ſeq.
Obſtetrices. vid. Medicæ.
Obſtruere, pro obturare, occludere aperta. 417
Occidere quid ſit in Lege Aquilia. 150

Officinm. vid. Beneficinm.
Oliva cruda, inchoatæ maturitatis, & matura. 163. 400
Omittere, pro remittere. 150
Operæ ſæpe diſtinguuntur a fructu. 63
Opprobrium. vid. Probrum.
Orationi Principis, & Senatuſconſulto interdum eadem res adſcribitur. 532
Ordinarii Juris res. vid. Judex, & Judicium.
Ornithones in fundis. 308. 406
Orta controverſia dicitur, quæ jam mota eſt. 547

P.

Paciſci, & Pactum quid. 273, 485
Paciſci, & tranſigere interdum pro eodem accipiuntur. 273
Pactum, & Pactio generalia vocabula ſunt, eorumque ſignificatio. 485
Pactum, & Conventum idem valent. 485 ſeq.
Pacta præcedere ſolebant vocationem in jus. 484
Pacta tollendarum litium cauſa, eaque ſolemnibus verbis facta, tantum confirmabantur Lege XII. Tabb. etiam non ſolemnibus Edicto Prætoris. 484, 498
Pacta tam expreſſa, quam tacita confirmantur a Prætore. 486. Pactum tacitum nititur veroſimili præſumtione, quæ contraria probatione elidi poteſt. ibid. Pactum tacitum de remiſſione debiti, & pignoris videtur fieri redditione chirographi. ibid. ſeq. Pactum tacitum de illatis & invectis. vid. Pignus tacitum. eſt in ſtipulatione dotis, ut ea non peti poſſit, niſi ſecutis nuptiis. 488. eſt, ſi creditor uſuras in futurum accipiat a debitore, ne intra id tempus petat. 489. Pactum tacitum, non amplius peti, quando cenſeatur factum inter venditorem hereditatis, & creditores defuncti. ibid.
Pactorum diviſio. vid. Conventiones.
Pacti conventi duæ ſpecies ſunt: Pactum conventum in ſpecie tale, & tranſactio. utraque Pacti nomine in Edicto comprehenditur. 490. Pacti conventi in ſpecie, & Tranſactionis differentia. 273, 491. Pacta conventa in ſpecie, i. e. donationis cauſa facta, de non petendo, non actione, ſed exceptione ſervat Prætor; tranſactionem etiam aliter. 525. add. Tranſactio.
Pacta conventa alia in rem ſunt, alia in perſonam. quæ ea ſint, & utrorumque effectus. 83, 488, 494.
Pactum conventum ut ſervetur, oportet probari conſenſum eſſe inter eos, inter quos agitur, & de qua re agitur, de quo ſæpe dubitari poteſt. 494 ſeqq.
Pactum, Nihil amplius peti. vid. Tranſactio.
Pacta nuda. vid. Conventiones juris gentium. quæ ſint, & variæ eorum appellationes. 507. non omnia confirmata ſunt Edicto Prætoris, ſed tollendarum litium cauſa facta, e quibus non actionem, ſed exceptionem dedit Prætor. 498
e Pacto nudo Jure Civili non naſcitur, nec tollitur actio, & cur: Jure Prætorio datur exceptio. 507. ſeq. naſcitur, & tollitur actio, ſi Lege, Senatuſconſulto, vel Edicto Prætoris confirmatum ſit. 519. ſeq.
Pactis nudis cur ſtipulatio ſubjici ſoleret, & de ejus formula. 508
Pacta nuda contractibus bonæ fidei in continenti adjecta, iis inſunt, & formant actionem, tam ex parte actoris, quam rei, & quid hoc ſit. 509. ſeqq. quæ pertinent ad contractum b. f. diſſolvendum, ut pactum commiſſorium, & addictio in diem, quam actionem parerent, non convenit inter Veteres. 510. ſi ſint aliena a natura contractuum b. f. aut modum, formamve eorum egrediantur, non inſunt contractibus, nec actionem pariunt. 513. contractibus b. f. ex intervallo adjecta, ſi de adminiculis ſint, tantum a parte rei inſunt contractibus, & valent ad exceptionem, quæ contractum ipſo jure perimat. 509, 511. ſeqq. ſi de natura, ſive ſubſtantia contractus ſint, etiam a parte actoris inſunt, & proficiunt ad actionem. ibid.
e Pacto in continenti adjecto b. f. contractui, uſura non debebatur ante Conſtitutionem D. Pii. 514
Pacta contractibus ſtricti juris in continenti adjecta, ſi augent contractum, non inſunt ei, nec formant actionem ex parte actoris. 235, 514. an, quando, & quemadmodum hoc ſit mutatum in ſtipulatione. 517. & 518. pacta ſi detrahunt contractui ſtricti juris, cum ſint in continenti adjecta, ex parte rei inſunt, & actionem ipſo jure tollunt, contra regulas juris veteris. ibid. in continenti mutuo adjecta, quæ augent obligationem, nec ad contractum innominatum, nec ad donationem proficiunt. 515, 518. ex intervallo adjecta, ſive addant, ſive detrahant contractui, ei non inſunt, nec actionem ipſo jure tollunt; ſed tantum ad exceptionem proficiunt, quæ non ineſt actioni, nec officio judicis continetur. 515, 518. ad. Exceptiones.
Pactum ne pecunia petatur, ne pignus petatur. vid. Hypotheca.
e Pacto nudo quibus debeantur uſuræ. vid. Uſuræ.
Pacto nudo tollitur actio furti & injuriarum ipſo jure. 519. ſeq. conſtituitur & tollitur hypotheca. 520
Pacta nuda de donatione, & dote danda quando valere cœperint. ibid.
Pacto nudo facta tranſactio. v. Tranſactio.
Pactum cum valere dicitur, quid in Jure ſignificet. 273
Pactum de pœna contractui adjectum. vid. Pœnæ ſtipulatio.
Pactum de omittenda accuſatione criminis. vid. Tranſactio.
Pacta de re privata & familiari valent, non de re aliena aut publica. 273
Pacta injuſta, i. e. dolo malo facta, non ſervat Prætor, ſive ab initio dolus intervenerit, ſive poſt. 528. ſeq.
Pacta adverſus Leges, vel in fraudem Legum facta non ſervat Prætor; & quæ in fraudem Legis fiant. 529
Pacta adverſus Leges ſunt, quæ fiunt adverſus Leges prohibentes, & utilitatem publicam, non quæ adverſus leges permittentes, & utilitatem rei privatæ. 530. intelliguntur eſſe omnia, quæ fiunt adverſus Jus civile, ſive ſcriptum, ſive non ſcriptum, & adverſus Jus naturæ. 536 ſeq.
Pacta, ut maleficium fiat, vel non fiat, obligationem non pariunt. 507. de delictis privatis facta poſt ea admiſſa valent; non ante. 274, 484, 530. de delictis privatis, vel publicis, e quibus criminaliter agitur. vid. Tranſactio. de criminibus capitalibus non pertinent ad Juriſdictionem Prætoris. 280
Pacta adverſus Leges etiam ea ſunt, quæ adverſus formam, naturam, ſubſtantiam, negotiis Jure Civili & Prætorio data, fiunt. 537. ſeqq.
Pacta expreſſe adverſantia naturæ ſive ſubſtantiæ negotii, & inſuper injuſta, aut bonis moribus contraria, irrita ſunt, valente contractu. 537. ſeq. adverſus negotii formam, ſive ſubſtantiam facta, ſi non ſint injuſta, nec utilitati publicæ adverſentur, valent, ſed mutant nomen contractus. 538. quæ tacite adverſantur formæ negotii, ſervantur, nec mutant negotium, ſed inflectunt, & temperant. 539. ſeq. quæ extra formam, ſive ſubſtantiam negotii, circa externas illius cauſas fiunt, valent. 541
Pacta facere poſſunt omnes, qui conſentire, niſi qui a regula Juris excipiantur. 542. pupillorum quando valeant. ibid. minorum

Digitized by Google

INDEX RERUM & VERBORUM.

rum 25. annis. vid. Minores.

Pactum ab alio factum, alii prodeſt, ſi paciſcentis interſit, obligationem diſſolutam eſſe. 489. alterius Jure civili alteri prodeſſe, aut nocere non poteſt, niſi alter fictione juris pro eodem habeatur. 534. 550. majoris partis creditorum cum herede debitoris, ſuſpectam habente hereditatem, etiam his, qui non conſenſerint, vel abſuerint, etſi privilegiatis, præjudicat ex Conſtitutionibus. 544. ſeq. Pacto a majore parte creditorum facto, ut portionem ab herede ferant, ſi eam deinde non poſſint conſequi, privilegiarii in debiti portione præferuntur ceteris, nec hypothecarii eo pacto jus hypothecæ amittunt. 545

Pactum plurium heredum inter ſe, ut unus huic, alius alii creditori reſpondeat, non nocet creditoribus. 544. inter heredes ſcriptos, & legitimos an noceat creditoribus. 36. 546. teſtatoris quando proſit aut noceat futuro heredi. 550. filii in poteſtate patris exiſtentis, item ſervi, prodeſſe poteſt patri, & domino, non nocere. ibid. patris, filio in poteſtate exiſtenti paciſcentis, neque patri, neque filio prodeſt ad exceptionem pacti. 551

Pacta an proſint perſonis conjunctis non exiſtentibus in poteſtate paciſcentium. 551. ſeqq.

Pactum, quo quis ſibi prius directam actionem adquiſivit, etiam alteri prodeſſe poteſt e Conſtitutionibus. 554. ſeq.

Pacta tutorum, curatorum, & actorum municipum, proſunt iis, qui in tutela, aut cura ſunt, & municipiis non nocent. 556

Pacta procuratorum, qui vel ad partem negotii, vel ad omne negotium dantur, quatenus proſint, aut obſint domino. 557 ſeqq.

Pactum debitoris principalis prodeſt fidejuſſori, quoties fidejuſſor regreſſum adverſus debitorem habet. 560

Pacto debitoris, quod prodeſſe cœperat fidejuſſori, contrario pacto debitoris ſublato, an utilitas prioris pacti fidejuſſori ſublata ſit. 561

Pacta fidejuſſorum quatenus reo principali, vel confidejuſſoribus proſint. ibid.

Pactum unius e correis debendi quando proſit alteri. 562. unius e duobus argentariis aut duobus correis ſtipulandi an alteri noceat. ibid.

Pacta, pro inſtrumentis, quæ de pactis conficiuntur. 508

Palilibus paſtores ardentia ſtramenta tranſiliebant. 147

Pancratium quid. 148

Papiniani retractatio ſententiæ. 513

Paries cæcus. 415

Parietum tectoria. 416

Parricidii pœna more majorum culleus. 25. pœna ex Lege Cornelia, Pompeja, & Conſtitutione Hadriani. 24. ſeq. appellatio ad quas perſonas pertineat. 26. pœna obtinet, ubi locum habet parricidii appellatio. ibid.

Pars rei, pro eo, quod ſimile, vel loco ejus eſt. 289

Partus nondum editus, aut recens natus, non habebatur homo, niſi nutricis opera interveniſſet. 569, 581, 585

Partus ancillæ. vid. Uſusfructus.

Pater filiam ſua voluntate nuptam rigore Juris abducere, vel exhiberi deſiderare poteſt, ſed uſu aliter obtinuit, interveniente Conſtitutione D. Marci. 412, 487

Patibulum, pro cruce. 77

Pavimenta veterum. 420

Peccata omnia paria faciebant Stoici. 56

Peccatores, pro populo in Euangelio. 199

Peculii libera adminiſtratione filiofamilias aut ſervo permiſſa, quantum ſub hac appellatione conceſſum intelligatur. 560

Pecunia pro re data contrahitur emtio venditio, niſi ejuſmodi pecunia ſit, quæ mercis loco habetur, ut peregrina. 74. ſeq. etſi neceſſitatis cauſa inventa eſt ad evitandam æſtimationum difficultatem, tamen etiam ad alium uſum transferri poteſt. 188 ſeq.

Pecus in Lege Aquilia quomodo accipiatur. 140

Pecoris uſusfructus. vid. Uſusfructus.

Pedaneus judex. vid. Judex.

Penſiones quæ dicantur. 179

Penſionum inferendarum tempus. vid. Kalendæ.

de Perduellione tranſactio. v. Tranſactio.

Peremtorium Edictum. vid. Edictum.

e Permutatione naſcitur obligatio ad tradendum, non ad dandum, niſi id actum ſit. 74

Permutationis, & emtionis venditionis differentia. 75

e Permutatione quando, & ob quas cauſas detur condictio ob cauſam dati, quando actio præſcriptis verbis. 75. ſeq.

Perſecutio, pro jure perſequendi. 522

Perſeverare quid. 287

Perſonarum diviſio in Jure modo duplex, modo triplex. 27

Perſuaſionis colore quædam contra jus ſtrictum inducta. 412. ſeq.

Philanthropia quid. 15, 377

Philippei nummi etiam de his, qui aliorum Principum vultus referunt. 301

Piaculum quid. 581

Pignoris, fiduciæ, & hypothecæ diſcrimen. 325, 335

inter Pignus, & hypothecam nulla eſt differentia, quod ad actionem hypothecariam. 327, 521

Pignus rei alienæ an, & quando convaleſcat, ſi debitor ejus dominus factus ſit, & quæ actio creditori detur ad id perſequendum. 372. ſeq. ſi ignorante domino datum ſit, & dominus heres exiſtat debitori, creditori utilis pigneratitia contraria, non utilis hypothecaria actio datur. 374. ſeq.

Pignori quo effectu dari poſſit res aliena. 304, 375

Pigneratitia actio locum habet inter debitorem, & creditorem, ſi res aliena pignori data fuerit, & ejus actionis diſcrimen ab hypothecaria. 304, 373, 375

Pignori data ſupellex. vid. Supellex.

Pignus tacitum in invectis, & illatis in prædia urbana adverſus Edicti de pactis rationem moribus probatum videtur, forte occaſione alicujus Reſcripti. 487. primum tantum locum habuit in Urbe Roma, ejuſque territorio, deinde ad Conſtantinopolim, & Provincias productum eſt. ibid. non eſt in illatis, & invectis in prædium ruſticum, quæ non niſi per conventionem obligantur, nec alia, quam quæ, ut ibi perpetuo ſint, a colonis dominorum voluntate ſunt inducta. 488

Pignoris remiſſio. vid. Pactum tacitum.

de Pignore alienando conventio cum procuratore creditoris, aut ſervo actore facta; vel a procuratore, aut ſervo debitoris facta, quam vim habeat. 84

de Pignore non petendo pactum. vid. Hypotheca.

in Pignore tantum culpa levis præſtatur, ſive id amiſſum, ſive deterius factum ſit. 11, 72, 334

Piſcinæ in fundis non diſtinguuntur a lacubus, & ſtagnis clauſis. 310

Planum, & de Plano cognoſcere, & Planaria interpellatio quid. 105. add. Libellus, & Tribunal.

de Plano, & ſummatim cognoſcere non ſemper idem eſt. ibid.

Pœna capitalis. vid. Capitalis.

Pœnæ ſervitus. vid. Servitus.

Pœna non poteſt peti e pacto contractui adjecto, ſed e ſtipulatione. 513.

Pœnæ ſtipulatio ad duplum, triplum, &c. adſcendere poteſt, niſi quid fiat in fraudem legis, quæ uſuras ultra centeſimam prohibet. 230

Pollicitatio. vid. Donatio.
e Pollicitatione civitatibus debentur uſuræ. 247
Pomponim etiam poſt D. Pium vidętur vixiſſe, 245
Poni, & deponi dicitur pignus, & fiducia. 325. 331
Poſſeſſio utrum animo ſolo, an animo & corpore, adquireretur, diſſenſerunt Veteres. 43. ſeq.
Poſſeſſionis, quæ non niſi naturali detentione, & ejus, quæ ſolo animo adquiritur, ſpecies quædam. 45. ſeq.
Poſſeſſor bonæ fidei cum habet juſtum titulum ad adquirendum dominium, eoque jus colendi fundum, ut dominus, tam naturales, quam induſtriales, fructus ſuos facit. 47
Poteſt, verbum, interdum ſupplendum eſt. 44, 66, 168, 394
Præcepta Juris. vid. Jus. miteſcentibus hominum moribus interdum transeunt in Regulas Juris. 584
Prædia voluptaria. 401
Prædiorum jura, perſonis earum cauſa conceſſa, utrum pro obligatione perſonali, an ſervitute perſonali habeantur. 10
Præeſſe, Præſidere judiciis. vid. Adſeſſores.
Præfectus Vigilum non habet jus adficiendi ultimo ſupplicio, nc ſervos quidem. 42. ſeq. & Præfectus Urbis ſæpe confunduntur per errorem Notarum. 42
Præfectus Urbis. vid. Imperium merum.
Præſcriptis verbis actio. vid. in Factum actio, & Permutatio.
Prætoris nomen multis Magiſtratibus tribuitur. 13. ſeq.
Prætor de quibus cauſis cognoſceret. vid. Cognitionis res.
Prætoriæ, & Cenſoriæ cognitionis diſcrimen. 359. 587
Precario adjectum pactum ad certum tempus poſſidendi nullum eſt. 539
Princeps quomodo Lege Regia ſolutus ſit Legibus. 300. tenebatur Legibus, præterquam quibus nominatim ſolutus erat. ibid. Juris condendi, & abrogandi poteſtatem nactus eſt Lege Regia. ibid. e teſtamento imperfecto nihil vindicare poteſt. ibid.
Pro, i. e. tamquam, ita ut. 302, 398
Pro portione eſſe, quid ſit. 315
Probatio non eſſe, & deficere interdum dicitur, quæ ad quæſtionem ſufficit, non ad condemnationem. 33
Probationum defectus, vel inopia, ſæpe non tam dicitur, cum nullæ probationes ſunt, quam cum eæ, quæ ſunt, rem dubiam faciunt in utramque partem. 62
Probra, & opprobria quædam natura turpia, quædam civiliter. 32
Proclamare, pro proteſtari. 545
Procuratorum tantum duæ ſpecies ſunt, vel ad litem, vel ad res adminiſtrandas; quorum uterque vel ad omne negotium, vel ad partem conſtituitur. 557
Procurator, cui mandata eſt libera rerum, vel ſimpliciter rerum omnium adminiſtratio, non habet aliam adminiſtrationem, quam quæ ſit ex negotiis, i. e. quæ naturæ rerum, & uſui domini convenit. 557. ſeqq. cum libera rerum omnium adminiſtratione, Jure Civili non diſtinguitur a procuratore generali omnium negotiorum: & quomodo dicatur dari libera adminiſtratio negotiorum. ibid.
Procuratoris, cui generale mandatum ad adminiſtrandas res domini datum eſt, differentia ab eo, cui generale mandatum ad negotiandum de rebus domini datum eſt. 559. ſeq.
Procurator, qui pecuniam domini in uſus ſuos convertit, graviſſimas, i. e. centeſimas uſuras debet. 213. qui pecuniam domini ſuo periculo fœnori dedit, an uſuras retineat. 191
Prorogare quid. 130
Prorogata Juriſdictio. vid. Juriſdictio.
in Provinciis non ſtatim recepta erant, quæ in Urbe ſingulari ratione conſtituta fuerant. 324, 487
Pubertati proximus quis. 152
Publica. vid. Communia.
Publica Jure Civili quot modis dicantur. 17. ſeqq.
Publica Jure gentium eadem ſunt, quæ Publica, & Juris gentium. 19
Publica Populi Romani qua ratione dicantur maria, flumina, littora. ibid.
Publice, i. e. accedente auctoritate publica. 69
Pugilatus quid. 148

Q.

Quadriga quid. 467
Quadrupes pecus quid ſit in Lege Aquilia. 138
Quæſitor criminis etiam Judex dicitur. 123
Quæſtio de ſervis in dominos quando, & in quibus cauſis criminalibus, & pecuniariis haberi poſſit. 33. 60. ſeq.
Qualus quid. 424
Quamvis particulæ uſus. 146
Quantitatum uſusfructus. vid. Uſusfructus.

R.

de Raptu virginis tranſactio. vid. Tranſactio.
Recuperatores. 107
Redactus, pro reditu. 449
Redimere etiam de aliis ſpeciebus redemtionis dicitur, quam quæ pecunia ſit. 410
Reditus pecuniæ, pro uſura. 179
Redituum fundi legatum. vid. Legatum fructus.
Refugia, pro ambulationibus ſubterraneis. 416
Regia Lex. vid. Lex.
Regulæ Juris. vid. Jus.
Regula Juris ſæpe ponitur uno loco, alio loco conſuetudo derogans, vel adverſans regulæ, nulla mentione facta regulæ, vel conſuetudinis. 5. 8. ſeq. 517. add. Juriſconſultor. fragm.
Relegationis duæ ſpecies. vid. Exilium.
Reorum debendi pacta. vid. Pactum.
Res a lite interdum diſtinguitur. 491
Rerum amotarum actio neque pœnalis, neque famoſa eſt. 577
Reſcindere contractum, quid ſit. vid. Contractus.
Reſcindere venditionem. 361
Reſcriptorum, & Conſtitutionum Principalium diſcrimen. vid. Conſtitutio.
Reſcripta Principum etiam ad Conſilia Provinciarum dabantur. 82
in Reſcriptis quod deeſt ea Jure recepto intelligendum eſt. 279. argumenta a contrario, aut conſequentia non tuta ſunt. 272, 434. add. Argumenta.
Reſcriptum unum interdum in duo diſtractum in Codice Juſtin. 253. 361. 492
in Reſcriptis Principum non ſolet memorari ſolum jus ſtrictum, omiſſo eo, quod æquitate inductum eſt. 552
Reſolvere contractum. vid. Contractus.
Reſolvere venditionem. 361
Reſponſa Prudentum. vid. Juris-Conſ.
Rigor juris. vid. Stricta ratio.
Rixa quid. 168
Ruptum in Lege Aquilia quomodo accipiatur. 161, 164
Rupto in Lege Aquilia etiam corruptum contineri diſputatio Fori induxit. 161
Ruptum, ſive corruptum, non intelligitur Lege Aquilia, ſi damnum non ſit datum. ibid.
Ruſticitas quid. 30. pro culpa lata habetur. ibid.

S.

Saltus quid. 309, 406
Sanguinolenti liberi, & a ſanguine qui. 574
in Sanguine tranſactio, i. e. in criminibus, quorum pœna mors naturalis eſt. 278
Sarta tecta ſervare quid. 420

Scæ-

Scævola in Reſponſo quodam videtur a jure receſſiſſe, forte amici gratia. 36. ſeqq. 546. quando ſcripſerit libros Digeſtorum. 244. Scævolæ variationes. 338. ſeq. 428. oratio obſcura. 36. 546
Secundum quid dicta ſæpe male ſimpliciter accipiuntur. 32, 61, 128, 246
Sed, pro ſed &. 20, 151
Sedere in judiciis qui dicantur. 127
Segnitia quid. 30, 334. pro culpa lata habetur. ibid.
Seminarium quid. 408
Senatorum uſuræ. vid. Uſuræ.
Senatuſconſultum. vid. Oratio Principis.
Senatuſconſultum de agnoſcendis liberis ſub Hadriano factum, & Senatuſconſultum Plancianum de agnoſcendo partu, non coërcebant corporali pœna patrem filium non agnoſcentem. 571, 576. Vellejanum comprehendit omnes omnino fœminarum interceſſiones, non ſolum fidejuſſiones, & mutui dationes; & ſive mulier perſonam ſuam, ſive rem pro aliis obliget. 317. ſeq. Vellejanum cur de interceſſionibus fœminarum appelletur, non de earum fidejuſſionibus, & mutui dationibus. 318
hæc Sententia vera, vel verior eſt, formula loquendi JCtorum, quid ſignificet. 6, 355, 469
Sententia judicis. vid. Judex.
ad Sepulcra fundi, aut loci, emebantur a veteribus. 321. add. Mandatum.
Sepulcris, ſive monumentis, dicitur deberi iter, aditus, ambitus. 347
iter ad Sepulcrum, fundo vendito, in quo Sepulcrum erat, olim non habebat venditor, niſi id nominatim excepiſſet, a quo Jure deinde conſuetudine receſſum eſt. 346. add. Iter.
Sermo veterum non ſemper accuratus eſt, & interdum non ſatis apte cohæret. 346, 417, 523
Sermo magis ſenſum, quam verba reſpiciens. 301, 484
Serraculum 166
Servianæ, & quaſi Servianæ actionis a Prætore dandæ æquitas, & neceſſitas. 326, 521
Servire dicuntur uxores, filiifamilias, pupilli. 52
Servis quando ignoſcatur domino in delictis parentibus. 153, 335
Servorum quæſtio. vid. Quæſtio.
Servi non admittebantur ad certamina publica. 148
e Servi delicto quando dominus teneatur Lege Aquilia. 153
Servi ſtipulatio. vid. Stipulatio.
Servi librarii, atrienſes, mediaſtini. 424
Servi ſtigmatibus inuſti. ibid.
Servorum venalium virtutes titulo plerumque de collo ſuſpenſo indicabantur. 366
Servi uſusfructus. vid. Uſusfructus.
Servis neceſſaria ad victum præbere a Præfecto Urbi cogebantur domini. 429
Servitus qua ratione neque in bonis, neque extra bona eſſe dicatur. 39, 441. ſeq.
in Servitutibus prædiorum conſtituendis neceſſaria eſt utilitas prædii dominantis: quo nomine etiam commodum, amœnitas, & voluptas continentur. 3, 6, 8
Servitus proſpectus. 4
Servitus prædii an ultra ejus neceſſitatem extendi poſſit. 6. ſeqq. 539
Servitus ſervitutis an, & quomodo conſtitui poſſit. 8, 39
Servitutis perſonalis, & obligationis perſonalis diſcrimen. 10
Servitutum, & nominum uſusfructua ex Senatuſconſulto legari poteſt; & quid his legatis fructuarius conſequatur. 39, 441. ſeq.
Servitutis, & uſusfructus ex die ad certum tempus, vel conditionem, item alternis annis conſtituti differentia. 451, 452. ſeq.
Servitus a fructuario adquiri non poteſt; retineri poteſt, & debet. 421. quæ proprietatem ſimul, & uſumfructum adficit, ne quidem conſentiente fructuario a proprietario imponi poteſt; quæ ſolam proprietatem, etiam ſine fructuarii conſenſu. 422. ſeq.
Servitutes prædio debitas quomodo conſequatur fructuarius. vid. Uſufructuarius ſervitut.
Servitus quomodo non utendo ad modum amittatur. 462
Servitus oneris ferendi, & parietis reficiendi ad onera vicini ſuſtinenda, quomodo contra naturam ſervitutis inducta ſit. 539
Servitus, pro pacto convento de imponenda ſervitute. 8
Servitus pœnæ cur, & qua fictione Juria conſtituta. 68
Severitas juris quid. 1. add. Stricta ratio.
Si, pro etſi. 45
Sicarius. vid. Homicida.
Sigla veterum. vid. Notæ.
Siliqua, Siliquaticum. 208, 233
Silva cædua. 409
Simplicitas quid. 30. pro culpa lata habetur. ibid.
Simulatio. vid. Veritas.
Solarium. 412
Solum pactum, pro nudo. 260, 521
Specialiter deferri Magiſtratui quæ dicantur. vid. Magiſtratus.
Species, pro frugibus. 219, 232
Specierum uſuræ. vid. Uſuræ.
Specularium uſus. 415
Sponſalia. vid. Nuptiæ.
Sportulæ, pro muneribus, quæ fœneratores accipiebant ultra legitimas uſuras. 233
Statua. vid. Imago.
Statuas, vel imagines ponendas legare quid. 178. poni ſæpe teſtamento jubebant Veteres. ibid.
Stillicidii varia ſignificatio. 39
Stipendium quomodo a tributo differat. 413
Stipulatio Juris Civilis eſt, ejuſque forma, ac ſolemnia. 501. forma ejus in quadam parte mutata, in ea cœpit eſſe Juris gentium. 502. interdum nexu fiebat per æs, & libram. ibid. ſubjecta pactis nudis. vid. Pactum nudum. dotis. vid. Pactum tacitum.
qui Stipulanti per jocum ſpoponderat, ante Edictum Aquilii de dolo, jure civili actione tenebatur ſine exceptione; poſt, exceptionem doli Jure Prætorio opponere poterat. 359. ſeq. 586. ſeq.
e Stipulatione ſine cauſa facta agens ſubmovetur exceptione doli. 360. e Stipulatione ſervi duorum dominorum, vel bonæ fidei poſſeſſorum, vel fructuariorum, e re alterius ſtipulantis, utri eorum, & quantum adquiratur. 338, 426. ſeqq. e Stipulatione ſervi fructuarii unius, vel plurium, e re domini, vel unius fructuarii, vel utriuſque ſtipulantis, cui, & quantum adquiratur. 426
Stipulationes perſonarum conjunctarum an proſint liberis, qui in eorum poteſtate non ſunt, & vice verſa. 552. ſeqq.
Stricta ratio, Strictum jus quid. 1
Stricta ratio, Strictum jus, Rigor juris, non ſemper notant ſubtilitatem juris, a qua utilitate, & uſu Juris receſſum eſt. 1, 470
Stricti Juris contractus. vid. Bonæ fidei contr.
in Stricti juris judiciis Prætor de jure quærebat, non de officiis. 359, 586
Stulti, pro populo apud Stoicos. 199
Subſcriptiones Legum. vid. Inſcriptiones.
Subſellia. vid. Magiſtratus municipales.
Subſtantia, ſive natura contractus, quæ. 511, 537
Summa culpa, pro lata. 315
Summatim cognoſcere. vid. de Plano.
Supellectilis omnis ſuæ legato non continetur ſupellex teſtatori pignori data, niſi fiducia contracta dominium pignoris acceperit. 331
Superlativus interdum non intendit ſignificationem poſitivi. 210
Synchyſis. 346

T.

T. vid. D.
Tautologia. 65, 490

Tectores, & Tectoria parietum apud Veteres. 166, 416. ſeq.
Tempeſtatis varia ſignificatio. 66
de qua Tempeſtate accipiendum ſit pactum de præſtando, quod tempeſtate factum eſſet. 65
Tempus Jure Civili non eſt modus inducendæ, aut finiendæ obligationis. vid. Obligatio.
Teſtamentum qui delevit, an, & cui reneatur Lege Aquilia. 162
Teſtamentum imperfectum. vid. Princeps.
Theſaurus a ſervo fructuario inventus cui adqniratur. 425
Tonſores Romæ ponebant ſellas in publico. 146
Totus, pro omnis. 559
Tradere. vid. Dare.
Traditio ficta interdum naturalis vocatur, quia interpretatione civili pro naturali habetur. 45
in Traditionibus fictis conſtituti poſſeſſorii præſentia rei non neceſſaria eſt. 46
quaſi Traditio incorporalium rerum. vid. Incorporales res.
Trajectitiæ pecuniæ uſuræ. vid. Uſura.
Tranſactionis, & Pacti diſcrimen. vid. Pactum conventum.
Tranſigere, & Paciſci plerumque diſtinguuntur; interdum pro eodem accipiuntur. 273. 490
de Tranſactionibus cur non exſtet Edictum Prætoris in Digeſtis ſub illo Titulo. 490
Tranſactio cum valere dicitur, quid hoc in Jure ſignificet. 273
Tranſactio mutuo conſenſu perfecta retractari non poteſt, etiamſi poſtea reperta fuerint inſtrumenta, e quibus liqueat, nihil, aut minus debitum fuiſſe; e falſis inſtrumentis facta retractari poteſt. 492. ob metum litis, vel incertum conditionis bona fide facta reſcindi non poteſt. 493. de re certa, aut lite finita, ut re judicata, facta nullius momenti eſt. Ibid. de genere, ut hereditate, ad omnes ejus ſpecies, ſive notas, ſive incognitas, pertinet, nec reſcindi poteſt prætextu ſpeciei poſt repertæ; non ad eas pertinet, quas quis tempore factæ tranſactionis ad illud genus pertinere non potuit ſcire. 496. de certa re facta ad alias res non pertinet, etſi generaliter dictum ſit, nihil amplius peti, nec additum, eo nomine. 497. de fideicommiſſo teſtamentario non porrigitur ad codicillare, ſi poſt tranſactionem factam reperti ſint codicilli. ibid. pacto nudo facta exceptionem parit, qua ſi reus fidem non ſervans utatur, actori priſtina actione agenti replicatio doli mali, vel in factum datur. 525. pacto non nudo, i. e. cui datio, vel factum ſubeſt, facta, quam actionem pariat. 525. ſeq.
Tranſactionis, in qua interpoſita eſt ſtipulatio Aquiliana, & ſubſecuta acceptilatio; item ejus, cui addita eſt ſtipulatio pœnalis, effectus. 527. 529
Tranſactionem jurejurando firmatam non ſervantis pœna. 528
Tranſactio, vel pactum, de omittenda civili, & pecuniaria actione, quæ ex delicto privato competit, valet poſt admiſſum delictum, non ante. 274. 530
Tranſactionis, vel pacti, de omittenda civili actione delicti privati, e quo condemnatum infamia ſequitur, quis effectus ſit reſpectu actoris, & rei. 275
Tranſactio, pactumve, de criminibus publicis, vel privatis, e quibus criminaliter agitur, non valet; ſed pro clandeſtina corruptione habetur. ibid. ſeq. 531
e Tranſactione de crimine accuſator nullam habet petitionem, etſi omittendæ accuſationis cauſa aliquid a reo ſtipulatus ſit. 276
Tranſactione de omittenda accuſatione criminis facta, pœna infligitur accuſatori, & reo, & quæ. 277
Tranſactio in ſanguine, i. e. de crimine, cujus pœna eſt ſanguis, ſive mors naturalis, non valet jure, & ſit Lege prohibente; ſed reum a pœna excuſat decreto Principum, ut pro victo non habeatur, vel non incidat in crimen falſi, quod tamen ei non dat jus tranſigendi. 278, 280, 283, 531
Tranſactio non gratuita de crimine capitali non eximit accuſatorem pœnis legum, ſive ante, ſive poſt inſtitutam accuſationem facta ſit: gratuita pactio ante inſtitutam accuſationem eximit. 281. ſeq.
Tranſactione de crimine, ſive capitali, ſive non capitali, facta, accuſator non poteſt reum repetere; non propter exceptionem tranſactionis, quæ nulla eſt, ſed quia lege prohibetur, ut indignus. 280. Tranſactione in ſanguine facta, reus ab aliis accuſari, vel Magiſtratus inquiſitione uti poteſt, ſine accuſatione. 281. de crimine capitali facta, accuſator non accipit poteſtatem impune deſiſtendi ab accuſatione ſine abolitione. 283. ſeqq. Tranſactionis de crimine capitali, cur reo venia detur, accuſatori non detur, & qua pœna teneatur accuſator. 284. 286
Tranſactio de adulterio, poſtquam id capitale factum eſt, ita poteſt fieri, ut de aliis criminibus capitalibus; nec non tranſactio de crimine raptus virginis, & perduellionis. 291
Tranſactio de crimine falſi non permiſſa eſt. 292. ſeq.
Tranſactione de quibuſcumque criminibus, ſive ſanguinis pœnam habeant, ſive non habeant, facta, accuſator falſi tenetur; reus in iis, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigens in crimen falſi incidit. 280, 292, 531
Tranſactio de alimentis ultima voluntate relictis ex Oratione D. Marci non aliter valet, quam ſi Prætore auctore facta ſit; pactio de alimentis donationis cauſa videtur valere. 532. ſeq. non generaliter poteſt fieri, ſed ſpecialiter tranſigi debet de alimentis, de habitatione, de veſtiario. 533
Tranſactionis de alimentis prohibitio pertinet ad ea, quæ relicta ſunt, non quæ inter vivos promiſſa; & ad futura, non ad præterita; continetque omnes alios modos, quibus deterior fit cauſa alimentorum. 533. ſeq.
Tranſactio de alimentis firma eſt, ſi Prætor eam permiſerit ſine cauſæ cognitione, vel non de omnibus inquiſiverit, de quibus debet. 534. etiam apud alios Magiſtratus fieri poteſt, quam Prætorem. 535. mandari non poteſt. ibid. ſine auctoritate Prætoris facta perinde habetur, ac ſi facta non eſſet, & quid inde ſequatur. ibid. permiſſa eſt ſine auctoritate Prætoris, ſi alimentarius ea conditionem ſuam faciat meliorem. ibid.
Tranſactio de controverſiis ex teſtamento proficiſcentibus, etiam non inſpectis tabulis teſtamenti facta, valet. 535. 578
Tranſactione inter heredem ſcriptum, & legitimum facta, quem, & quibus actionibus convenire poſſint creditores. 36, 546
Triboniani Emblemata rejecta, vel probata. 2, 25, 53, 59, 77, 152, 115, 129, 139, 212, 214, 217, 224, 233, 259. ſeqq. 289. ſeq. 314, 324, 327, 457, 458, 506, 520, 574
Tribonianus notatus. 23, 439, 500, 503, 519. add. Leges fugitivæ.
Tribunal, & in eo ſella curulis Magiſtratus jus dicentis. 505. non habebant Magiſtratus municipales. vid. Magiſtratus munic.
pro Tribunali, & de plano; item pro Tribunali, & per libellum opponuntur. 105. pro Tribunali cognoſcere quid ſit, & quæ pro Tribunali fiant. 105. ſeq. pro Tribunali nihil cognoſci poterat ſine Adſeſſoribus, ſive Conſilio; & quomodo Conſilium pro Tribunali ſederet. 106
Tribunali utebatur mandatarius Juriſdictionis in cauſis cognitionis. 127
Tributum. vid. Stipendium.
Tutelæ reſtitutio quid. 259. de Tutela teſtamentaria Lex XII. Tabb. quomodo ſit accipienda. 340

Tutoris datio quo ſenſu dicatur nec imperii, nec juriſdictionis eſſe. 93. ſeq. ſpecialis conceſſionis eſt, nec mandari poteſt, niſi cui Lex, vel Conſtitutio nominatim permittit. 126. ſeq.

Tutor a quo die, & in quem diem uſuras debeat, & differentia Juris veteris, ac novi in ea re. 259. ſeq. quibus caſibus uſuras graviſſimas, ſive centeſimas, debeat, & an hæ a Juſtiniano redactæ ſint ad ſemiſſes. 213, 233

Tutorem perſonæ, non rei certæ, vel cauſæ dari teſtamento, quomodo e XII. Tabb. confecerint JCti. 340

Tutor rei certæ, vel cauſæ, dari poteſt moribus contra regulam Juris. 5. ob levem culpam non removetur a tutela. 31. ob dolum damnatus infamis eſt jure naturali, & civili; ob latam culpam nec jure gentium, nec civili 29. ſeq. 334. quas res pupilli alienare, & de quibus tranſigere poſſit. 556

V.

Vacuum miniſterium ſervi quid. 424

Vaſa pro omni ſupellectile, inſtrumentu, & quidquid non eſt ſoli. 439

Vel pro &, & etiam. 48, 450, 521. non ſemper diſtinguendi vim habet. 527

Vellejanum Senatuſconſultum. vid. Senatuſconſultum.

Venatio an fructus fundi ſit. 308, 407

Venditor, qui ſimpliciter vendidit, liberatur traditione vacuæ poſſeſſionis; qui dare ſpopondit, dominium ex Jure Quiritium dare debet; qui habere licere promiſit, tantum ad tradendum obligatur. 53. ſeq. tantum obligatur ad tradendum, non ad dandum, niſi id actum ſit. 74. qui certæ rei contemplatione rem minoris vendidit, & tradidit, an fide ab emtore non præſtita, poſſit agere ad reſtitutionem rei traditæ. 70

Verbum, pro formula. 328

Verba quædam rem factam videntur notare, quæ conatum tantum, vel potentiam notant, & ſine effectu accipienda ſunt. vid. Poteſt.

Vereor ne poſſit, eſt, puto poſſe; vereor ne non poſſit, puto non poſſe. 325. add. Dubito.

Veritas non ſemper refertur ad communem utilitatem ſocietatis, & interdum ſine vitio diſſimulari poteſt. 353

Verum, pro æquum. 502

Veſtimentorum verus, non quaſi uſusfructus eſt. 40, 439. ſeq.

Veterum errores. vid. Errores. Sermo interdum parum accuratus. vid. Sermo.

Vi ipſa, pro in effectu. 538

in Via publica quatenus ædificare liceat. 69

Vicarii, & Vices agentes quomodo differant. 518, 525

Vices agentes interdum pro Vicariis ponuntur. 119

Vicarius Urbis abſente Præfecto Urbis, vel eo mandante exercebat merum imperium, & etiam cum Præfecto Urbis cognoſcebat. 124. add. Imperium merum.

Vindicatio rei incorporalis etiam poſſeſſori datur adverſus eum, qui non poſſidet: non rei corporalis. 474

Viridaria in villis & ædibus. 402, 417

Virtutes omnes Stoici pares faciebant. 56

Vivaria ferarum in fundis, quæ & leporaria, non differunt a ſilvis circumſeptis. 308 ſeqq.

Unciarium fœnus. vid. Uſura centeſima.

Voluptaris, & Voluptarius. 401

Voluptaria prædia. ibid.

Urbana prædia, & Urbanæ habitationes, pro iis, quæ in Urbe Roma, ejuſque territorio ſunt. 487

Uſura antiquis dicebatur cujuſcumque rei uſus, conſuetudine etiam pro fœnore accipi cœpit. 176

Uſura pro pecuniæ, aut frugum, non pro corporum uſu præſtatur. 176 ſeq.

Uſuræ variæ appellationes. 176, 179

Uſura, ſive fœnus, quid ſit, & pro quo detur. 179. non tantum in credita, ſed etiam in alia materia pacto conſtitui poteſt. 180, 230

Uſuræ, ſive fœnoris, cur certum ac proprium contractum non fecerint Veteres JCti. 179

Uſura appellatur pœna, ratione debitoris, cujus mora coërcetur. 180, 186. id quod intereſt, ratione creditoris, qui damnum ex mora patitur. ibid. in ſpecie uſura, ac fœnus, ſi ad lucrum creditoris reſpiciat, & ex die interpoſitæ ſtipulationis debeatur. ibid.

Uſuræ ex mora debitoris, item ejus, quæ creditoris lucrum ſpectat, & ex die conventionis debetur, æquitas jure naturæ, & gentium. 184. ſeq.

Uſura in ſpeciebus credendis locationi conductioni comparatur, eademque illius eſt æquitas, quæ locationis, nec natura ab ea differt. 187. ſeqq.

Uſura a quibus damnata fuerit. 182, 201. immodica recte improbatur. 193

Uſuræ prohibitio Lege Moſaica eſt Juris Civilis Hebræorum, non Juris gentium, & tantum inter Hebræos, non inter peregrinos & Hebræos locum habuit. 194 ſeqq.

Uſura Lege Chriſti non prohibita fuit inter Hebræos, & peregrinos, nec prohibetur inter Chriſtianos, quorum legibus civilibus permiſſa eſt. 199. ſeqq.

Uſuræ varius modus, & ratio in Republica Romana, & multæ de ea leges fuerunt, quæ tantum ad Cives Rom. pertinebant, non ad Cives & ſocios, aut peregrinos. 194. 210

Uſuras civiles numquam prohibuit Juſtinianus. 201

Uſura Jure Canonico prohibita, cujus eludendi multæ rationes repertæ ſunt. 201. ſeq.

Uſuram modeſtam nonnumquam exigi poſſe, etiam Juris Canonici Interpretes admittunt. 202

Uſuras an Jure Civili magis debeat, qui creditoris inviti, vel fœnerandi propoſitum non habentis, pecunia uſus eſt, quam qui volentis, vel fœnerandi propoſitum habentis. 203

Uſuræ plerumque in menſes ſingulos promitti, & kalendis exigi ſolvique ſolebant. 205. ſeq. univerſæ interdum annua die ſolvebantur, & ſtipulatio quoque in ſingulos annos, non menſes fiebat. 206

Uſurarum ſolvendarum dilatio an a Kalendis ad Idus fuerit data. ibid.

Uſura centeſima, quæ etiam uſura aſſis dicitur, quæ ſit; & ratio horum nominum. 207. ſeq. poſterioribus temporibus auctior erat, quam ante, retento veteri nomine. 208. dicitur legitima. 210, 214. maxima, & graviſſima. 210. ſanguinolenta. 193, 212, 232. quo Jure & quando conſtituta ſit. 211

Uſura legitima interdum etiam dicitur ea, quæ levior eſt centeſima, nempe ſolita pro more regionis. 213

Uſuræ centeſimæ & unciarii fœnoris diſcrimen. 210. Uſuras centeſimas ante Juſtinianum cuilibet ſtipulari licebat Jure Civili, non majores: quæ ſi ſolutæ fuiſſent, ſortem minuebant, &, ea ſoluta, repeti poterant. 209 ſeq. Uſuris centeſimis in ſtipulationem deductis non licebat Judici eas reducere ad morem regionis. 209

Uſurarum modus in bonæ fidei judiciis ex more regionis conſtituitur officio Judicis, qui centeſimam numquam egredi debet; & certis caſibus tantum ad eam adſcendere poteſt. 252. ſeqq. 233. add. Negotiorum geſtor. Procurator. Tutor.

Uſuræ centeſimæ, quas Lex quibuſdam caſibus voluit adjudicari a Judice, an Conſtitutione Juſtiniani ſint redactæ ad ſemiſſes. 233. ſeq. non debentur e locatione. 214

Uſurarum modus, quæ in bonæ fidei judiciis, & aliis quibuſdam officio Judicis debentur e pecunia credita, cur non ſit infinitus, ſi referatur ad id, quod intereſt: ſecus quam in corporum æſtimatione, & pecunia certo loco promiſſa. 214. ſeqq.

Uſuris pecuniæ trajectitiæ certus modus præfinitus non erat, qui etiam duas centeſimas egredi poterat, ſed a Juſtiniano ad unam centeſimam redactus eſt. 217, 232

Uſuræ majores legitimis debentur e quibuſdam conventionibus, ubi periculum ad creditorem pertinet. 218. ſpecierum graviores ſunt centeſimis. 220, 230. 232

Uſura rei judicatæ interdum erat duplex centeſima; & quid de ea ſtatuerit Juſtinianus. 220, 234. Uſura centeſima duplex interdum pœnæ publice infligendæ nomine imponebatur. 220

Uſuræ fiſci. vid. Fiſcus.

ab Uſurarum legitimo modo an excipiatur antichreſis. 221. ſeq. add. Antichreſis. Uſurarum legitimum modum ſæpe egrediebantur fœneratores, tam manifeſte, quam tecte. 228. ſeqq.

Uſuræ loco pœnam ſtipulari ſupra legitimum modum uſuræ non licet. 229

Uſuris ſupra legitimum modum promiſſis, id tantum peti poteſt, quod intra modum eſt; quod ſupra eſt, pro nullo habetur. 230, 233

Uſuræ ſupra legitimum modum ſolutæ quomodo repetantur. 231

Uſurarum illicitarum pœna quadrupli. 231, 233

Uſura omni olim interdictum erat Senatoribus, deinde ad ſemiſſes admiſſi. 223

Uſurarum modum pro conditione perſonarum finivit Juſtinianus: trientes Illuſtribus; beſſes negotiatoribus; reliquis ſemiſſes. 231

Uſuræ minores centeſimis, ſive aſſibus uſuris, dicuntur a partibus aſſis, ut quadrantes, trientes, &c. 208. quædam modicæ, civiles, modeſtæ; quædam leviſſimæ; quædam minimæ dicuntur. 210, 232. ſeq.

Uſuræ civitatum redactæ ad ſemiſſes. 224

Uſuras trientes dotis promiſſæ interdum debet extraneus, & rerum quarumdam dotalium maritus. 234

Uſuræ cauſa duplex eſt, obligatio, & officium judicis: quarum illa e teſtamento, vel e conventione oritur. 235. e conventione in ſtricti juris contractibus ex ſtipulatione debentur, non e nudo pacto; e quo tantum retineri, non peti poſſunt. 235. e nudo pacto debentur argentariis, civitatibus, his qui pecuniam trajectitiam dederunt, & qui frumentum, vel hordeum mutuum dederunt. 77, 237, 520

Uſuris e conſenſu aliquamdiu ſolutis, non conſtituitur obligatio in futurum ad eas præſtandas. 236. ſeq.

Uſurarum ſtipulatio, non expreſſo certo modo earum, inutilis eſt Jure Civili, præterquam ab argentariis facta. 238. ſeq. Uſuræ ſtipulatione promiſſæ, ſi pecunia ſua die non ſolvatur, poſt diem etiam ſine interpellatione debentur; niſi debitori nihil imputari poſſit. 239. utrum tantum ex mora, an etiam ante debeantur. 240. ſeqq. Uſuræ ut currant ex die contractus ſpecialiter in contrahendo exprimendum eſt. 239, 241

Uſura ex mora olim ne quidem in bonæ fidei judiciis ſine ſtipulatione debebatur. 112. 184. ſeq. 243. ſeqq. ut ex mora in ſocietate deberetur, Labeo primum videtur tentaſſe, & quo colore. ibid. 514. ut in omnibus b. f. judiciis ex mora Officio Judicis debeatur, a Principibus, ac fortaſſis Conſtitutione D. Pii inductum eſt, nec debetur differentiæ formularum bonæ fidei, & ſtricti juris judiciorum. 112, 185, 244, 514, 540. in b. f. judiciis ex pacto contractui in continenti adjecto etiam ante moram debetur. 242

Uſuræ in legatis & fideicommiſſis debentur ut in b. f. judiciis; & diſcrimen in ea re legati per damnationem relicti, & aliorum legatorum. 246. ſeqq. debentur Civitatibus ex nudo pacto, & pollicitatione. 237, 247. Uſuras ex mora debent Civitates. 248. Uſuræ in bonæ fidei judiciis, & quæ his exæquantur, ante moram non videntur deberi Officio Judicis. 248. in b. f. judiciis Officio Judicis debentur uſque in diem condemnationis; nec poteſt judex reum cogere, ut caveat de præſtandis uſuris poſt tempus judicati. 254

Uſuræ rei judicatæ quando ipſo jure currere inceperint. ibid.

Uſuræ non promiſſæ in ſtricti juris judiciis non debentur Officio Judicis, ne quidem poſt litem conteſtatam. 255. in arbitrariis judiciis Officio Judicis numquam debentur quaſi uſuræ, ſed interdum tamquam id, quod intereſt. 256

Uſuræ quando ſine interpellatione debeantur ex mora. vid. Mora.

Uſuræ cui debeantur, ſi procurator pecuniam domini ſub uſuris crediderit, quam dominus ſine uſuris credi volebat; item ſi domini pecuniam ſuo periculo fœneret. 191. cui debeantur, ſi ſocius communem pecuniam fœneraverit. 192

Uſuræ fructuum ex re ſingulari ſive ante, ſive poſt litem conteſtatam perceptorum, non debentur. 226. fructuum ante, vel poſt hereditatem petitam perceptorum, quatenus debeantur a bonæ, aut malæ fidei poſſeſſore. 227. ſeq.

Uſurarum ſolutio in futurum, quam vim habeat. vid. Pactum tacitum.

Uſuræ uſurarum. vid. Anatociſmus.

Uſuræ tolluntur iiſdem modis, quibus obligatio ipſo Jure extinguitur. 256

Uſuræ præteritæ, quæ e conventione debentur, non tolluntur ſolutione ſortis; & quando eæ, quæ officio judicis debentur, tollantur. 257

Uſuræ tolluntur oblatione, obſignatione, & depoſitione ſortis & uſurarum, & quæ circa hæc obſervanda ſint. 257. ſeqq. non tolluntur, ſi debitor eam pecuniam rurſus ad ſe receperit. 258. Uſuræ ex mora debitæ, ſive ſtipulatione, ſive Officio Judicis, an ſola oblatione ſine obſignatione & depoſitione tollantur. 259. ſeqq. in antichreſi an ſola oblatione ſiſtantur. 261. frugum tolluntur ſola oblatione. ibid. ac, & quomodo tollantur obligatione principali per præſcriptionem temporis ſublata. 262

Uſuris pacto convento, ſive tacito, ſive expreſſo, remiſſis, debitor liberatur per exceptionem. ibid.

Uſuras majores ſtipulatus ſi longo tempore minores acceperit, an deinde præteritas petere poſſit. 262. ſeq.

Uſuras qui omiſit ex liberalitate, an deinde præteritas petere poſſit. 263

Uſuræ tolluntur, ſi ad duplum ſortis pervenerint: qua ratione duplum computetur; & quomodo olim hoc jus eluſum fuerit. 263. ſeq.

Uſuræ per intervalla ſolutæ, olim non putabantur excedere duplum. 264

Uſus, pro ſervitute perſonali. 10

Uſus, pro uſufructu: uſuarius, pro uſufructuario. 426

Uſus legatum in quibus conveniat, ac diſtinguatur a legato habitationis. 63

Uſus a fructu diſtincti legato quid contineatur. 447, 448

Uſu

Uſu conceſſo non conceditur dominium. 331

Uſusfructus, pro ſervitute perſonali. 10

Uſusfructus definitio expoſita. 387. ſeqq. lata ſignificatione etiam de rebus propriis poteſt dici; uſu Juris reſtringitur ad res alienas; & cur. 387. 389. in actione confeſſoria, in rei vindicatione, in judicio familiæ erciſcundæ, & communi dividundo, neque dominium rei, neque pars rei eſt, ſubtilitate juris. 389. in legatis, ſtipulationibus, ceteriſque contractibus, dominii loco habetur, & continetur nomine fundi, contra ſubtilitatem juris. 389. ſeq. interdum dominii nomine venit; dominium uſusfructus nomine numquam. 390

Uſufructuarius dominus eſt uſusfructus, quatenus uſusfructus jus eſt. 391. naturaliter poſſidet. id eſt, tenet rem fructuariam. 392

Uſusfructus etiam pignori dari, precario concedi, & donari, item vendi, & locari poteſt: ita ut jus apud fructuarium maneat, perceptio fructuum ad alium veniat. 392

Uſufructuarius non ſolum uti, ſed etiam frui dicitur re fructuaria: quid utrumque ſit; & quam vim habeat conjunctio utendi fruendi. 388, 391. ſeq. 393. tum uti frui dicitur, cum ipſe percipit fructus, non cum alius. 394

Uſufructu continentur etiam adminicula neceſſaria ad utendum fruendum, jura, ſervitutes, & inſtrumenta, ſine quibus fructus percipi non poteſt. 392. ſ. 410. ſeqq. 414. ſ.

Uſufructuarius rem fructuariam corrumpere non poteſt: deteriorem facere uſu terendo poteſt, modo utatur boni viri arbitratu. 393. non poteſt meliorem facere rem fructuariam, ſi ea non ad modum domini, & rei conditionem utatur. ibid. 401. ſeq. 404. ſeq. 415. ſeqq. rem fructuariam tueri, & impenſas neceſſarias, & onera ferre debet. 394, 412. ſeqq. 420, 429. ſeq. habet omnes fructus, quos ſtantes, aut pendentes invenit, cedente die legati uſusfructus. 395. an, & quatenus ad heredem tranſmittat penſionem fundi fructuarii locati, vel mercedem operarum ſervi fructuarii, ſi antequam penſio ſolvatur, aut locatio operarum finita ſit, moriatur 395. 396

Uſusfructus legati, & legati annui diſcrimen. 396

Uſufructu finito, fructuarius reſtituit, quod inde exſtabit, nec opus eſt id juberi a teſtatore: qui ſi jubeat, nihil agit. ibid.

Uſusfructus Jure Civili conſtituitur in corporibus quibuſcumque, ſive mobilibus, ſive ſe moventibus, ſive immobilibus, & ſive præſens ſit fructus, ſive futurus. 397. etiam in corporibus, quæ tantum oblectationem adferunt, ut ſtatuis, imaginibus, numiſmatibus veteribus, etſi plus oneris, quam lucri habeant. 302, 397. ſeqq.

Uſufructu fundi legato fructuarii ſunt omnes fructus, ſive facto ipſius proveniant, ſive ſponte, etiam immaturi. 400. fructuarius etiam ejus ſervitutibus uti frui poteſt. 401. prædii voluptaris legato, fructuarius non poteſt dejicere inſtrumenta amœnitatis, ut reponat, quæ ad reditum ſpectant. 402

Uſufructu fundi legato quatenus fructuarius metalla a teſtatore inſtituta exercere, vel nova inſtituere poſſit. 305. ſeqq. 402. ſeqq. fructuarius habet uſumfructum omnium partium fundi, etiam alluvionis; non inſulæ juxta fundum in flumine natæ. 405. continetur etiam uſusfructus inſtrumenti fundi, etſi non eſt pars fundi; ſecus quam in fundo legato; item uſusfructus apum. 406, 408. quem quæſtum, reditumve habeat fructuarius ex venatione, aucupio, vel piſcatione, ſi vivaria, ornithones, aut piſcinæ in fundo ſint. 308. ſeqq. 406. ſeqq. quomodo fructuarius poſſit uti ſeminario, ſalicto, arundineto, ſilva palari, ſilva cædua. 408. ſeq. fructuario debentur etiam adminicula, ut aditus per fundum hereditarium, & per fundum tertio legatum, & quomodo eum conſequatur: item aditus per fundum cujuſcumque vicini, & qua ratione hoc contra regulam Juris conſuetudine ſit inductum. 410. ſeqq. fructuarius onera fundi ſuſtinere debet, & quæ ea ſint. 412

Uſufructu domus, aut ædium, omnium partium earum uſusfructus continetur, etiam inſtrumenti. 414

Uſumfructum domus habens ad quem modum, & finem ea uti frui debeat, & an lumina nova immittere, & nova ornamenta domus inſtituere poſſit. 415. ſeqq. nihil poteſt ex ejus forma ac ſpecie mutare, ut diætas transformare, conjungere, vel ſeparare, &c 417. non poteſt novum rivum parietibus imponere, nec ædificium inchoatum conſummare, exceptis quibuſdam caſibus in ædificio. 312. ſeq. 418. non poteſt ibi meritoria, ſive diverſoria facere, nec domum in cœnacula diviſam pluribus locare. 419. ſeq. Uſumfructum domus habens, eum locare, vel vendere poteſt: ſed ita ut domum det utendam boni viri arbitratu 419. onera domus ſuſtinet, & quæ illa ſint. 420. damni infecti vicino cavere debet, niſi uſumfructum derelinquere velit, & ipſe utiliter a vicino ſtipulatur, & quæ ſit hujus juris ratio. 421

Uſufructu ſervi legato adquiritur fructuario, quidquid ille ex ſuis operis, vel re fructuarii adquirit, & ad quem modum operis ſervi uti debeat. 423. ſeq. item, quod fructuarii contemplatione ſervo donatum, legatumve fuerit: & an etiam theſaurus a ſervo inventus, & partus ancillæ. 425. quatenus adquiratur fructuario e ſtipulatione ſervi, vid. Stipulatio ſervi.

Uſumfructum ſervi habens etiam onera ejus ſuſtinet, & quæ illa ſint. 429

Uſumfructum pecoris habens, quem fructum illius percipiat, & quam curam illi adhibere debeat. ibid. unius, aut certorum capitum habens, his demortuis nova ſubſtituere non cogitur, 429 ſeq. gregis habens, ſubſtituere debet ex agnatis capitibus, & efficere, ne pereat, aut minuatur univerſitas: & quid ſi capita agnata non ſint. 430

in Uſufructu gregis capita ſubſtituta cujus ſint ante, & poſt ſubſtitutionem. ibid.

Uſufructuaria cautio Edicto Prætoris conſtituta, eſt ſatiſdatio. 430. 432. pertinet ad Uſumfructum quocumque modo conſtitutum; item ad habitationem, uſum, operas, & alia quædam. 431

Uſufructuariæ cautionis duæ ſunt clauſulæ, & quando hæ committantur, 432. poſteriore clauſula continetur etiam æſtimatio, ſi res dolo malo, aut culpa, aut poſt moram fructuarii exſtare deſierit. ibid. Uſufructuaria cautio cui præſtetur. 433. Uſufructuariæ cautionis neque prior, neque poſterior clauſula teſtamento, vel pacto heredis, aut alterius domini Uſumfructum tradentis, remitti poteſt. 433. ſeq. 577.

Uſufructuario ſatiſdare non volenti, aut fidejuſſorem, qui pro eo ſatiſdet, non invenienti non datur actio de Uſufructu ex Edicto. 433. 435. ſeq.

Uſufructuaria cautio remittitur ei, cui proprietas ex die, uſusfructus pure legatus eſt. 436. remittitur patri habenti uſumfructum in peculio adventitio filiifamilias: non matri ad ſecunda vota tranſeunti. 437. quæ præſtetur in quantitatem, ſervitutum aut no-

Digitized by Google

nominum uſufructu. ibid. 441. ſeq.
Uſusfructus olim non poterat conſtitui in quantitatibus & juribus: quod deinde Senatuſconſulto mutatum eſt. 399, 437, 445.
Uſusfructus quantitatum, ſive quaſi Uſusfructus, quando Senatuſconſulto inductus, & quot hujus Senatuſconſulti capita fuerint. 437. ſeq. quaſi Uſusfructus, & veri Uſusfructus differentiæ. ibid. conſtitutus eſt remedio cautionis. quod non Prudentibus, ſed verbis Senatuſconſulti debetur: eaque cautio a teſtatore remitti non poteſt. alii, quam fructuario imponi poteſt. ibid. cur nomine Uſusfructus appelletur. 438. conſtitutus eſt in rebus, quæ ipſo uſu ſtatim eſſe deſinunt, vel utendo in aliud nomen tranſeunt. 438. ſeq. non eſt in rebus mobilibus, licet uſu terantur, ut vaſis. 439. neque in veſtimentis. 40, 439. ſeq.
Uſusfructus jurium, i. e. ſervitutum, & nominum, itidem SCto inductus eſt, & quæ in eo cautio præſtetur. 441. ſeq.
Uſufructu omnium bonorum legato poſt SCtum etiam quantitates, & jura comprehenduntur, Falcidia detrahitur, & æs alienum deducitur. 332, 443. ſeq.
Uſusfructus univerſorum bonorum, & ſingularum rerum, quæ in bonis ſunt, legati diſcrimen. 444
Uſufructu omnium bonorum legato non comprehenduntur futura. 445
Uſusfructus rerum omnium, & præterea proprietatis rei certæ legatum, quid differat a legato uſusfructus æſtimationis rerum omnium, & inſuper proprietatis rei certæ. ibid.
Uſumfructum tertiæ partis bonorum, aut rerum, cur magis meminerint Juriſconſulti, quam dimidiæ, aut alterius partis. 332, 444
Uſusfructus partis bonorum legatum an differat a legato uſusfructus partis rerum, quod ad actiones, quæ defuncto adverſus alios, vel aliis adverſus eum competunt. 333, 443. ſeq.
Uſufructu certarum rerum legato non computatur quod in actionibus eſt, nec æs alienum deducitur. 333, 444
Uſusfructus olim conſtituebatur voluntate domini, & ſententia Judicis; Jure novo etiam lege conſtituitur. 446. per legatum conſtituendi varii modi. 447. ſeq.
Uſusfructus legatus nec morte teſtatoria, nec adita hereditate intelligitur cedere. 423
Uſusfructus per legatum damnationis & vindicationis conſtituti differentia Jure Veteri. 446, 447
Uſusfructus legatus cenſetur, ſi fructus annui legati ſint per vindicationem, non ſi per damnationem. 448
Uſusfructus Jure civili fideicommiſſo conſtitui non poteſt, conſtitutus Jure Prætorio ſervatur. 447, 459
Uſufructu non integris verbis legato, ut ſi legetur fructus, vel fructus deducto uſu, vel uſus ſine fructu, &c. quid juris ſit. 447, 448
Uſusfructus etiam conſtituitur pactionibus, & ſtipulationibus, ſequente quaſi traditione Jure Prætorio, vel in jure ceſſione Jure civili. 450, 457
Uſusfructus præſens, vel ex die conſtitui poteſt tam teſtamento, quam conventione. 450
Uſusfructus ex die conſtituti, & ſervitutis ex die conſtitutæ diſcrimen. 455
Uſusfructus ſervitutis. vid. Servitus. Uſusfructus ſententia Judicis conſtituitur in judiciis diviſoriis. 451
Uſusfructus lege conſtituti differentia ab aliis ejuſdem ſpeciebus. 451. in quibus bonis liberorum Jure novo parentibus lege conſtituatur. ibid.
Uſusfructus quibus modis tollatur. 452. ad certum tempus, vel conditionem conſtitutus, tempore, vel conditione exiſtente, finitur ipſo jure, contra quam ſervitus. 452. ſeq.
Uſufructu ad certum tempus, vel conditionem conſtituto, quam alius, quam fructuarius, debet implere, ſi is deceſſerit non impleto tempore, aut conditione, quid juris. 453. ſeq alternis annis conſtituto quid conſequatur fructuarius. 453
Uſusfructus a teſtatore apud heredem manere juſſus, fundo alteri legato, quando extinguatur. 455. quomodo morte fructuarii finiatur. ibid. populo, aut civitati datus finitur poſt centum annos; ejuſque differentia a legato annuo. 456. ſeq. Jure veteri omittebatur omni capitis deminutione, Jure novo tantum maxima, & media amittitur; & ejus rei ratio. 457. ſeq. alius ipſo Jure conſtituitur, alius tuitione Prætoris. 431. 458. non utendo per conſtitutum tempus quomodo amittatur. 458. in re immobili Jure veteri amittebatur non utendo per biennium; in re mobili per annum: Jure novo tam in re immobili, quam mobili amittitur non utendo per decem annos inter præſentes, per viginti inter abſentes. 459, 462.
Uſusfructus actiones tam in rem, quam in perſonam, pereunt eodem ſpatio temporis, quo uſusfructus non utendo amittitur. 459
Uſusfructus per fideicommiſſum conſtitutus, Jure civili perit morte, aut capitis minutione legatarii; Jure Prætorio ſervatur fideicommiſſario, ejuſque morte, capitis minutione, & non uſu amittitur. 459 per ſervum domino adquiſitus, tollitur e perſona domini: per filiumfamilias patri adquiſitus, e perſona utriuſque. 460. per ſervum adquiſitus, ſervo pro parte alienato, quatenus amittatur, aut retineatur. 460. non ſtatim amittitur non utendo per modum: ſed fructuarius non utens ad modum a domino prohiberi poteſt uti frui, nec ante amittit uſumfructum, quam ſi prohibitio duraverit per id tempus, quo non utendo amitti ſolet uſusfructus. 460. ſeq.
Uſufructuarius non utitur per modum qui non utitur ad modum a domino palam præſcriptum; vel qui, ſi modus præſcriptus non ſit, non utitur ad modum patrisfamilias, ſive arbitratu viri boni. ibid.
Uſusfructus Jure veteri amittebatur in jure ceſſione, ſive domino proprietatis ceſſus fuiſſet, ſive extraneo. 462. ſeqq. amittitur conſolidatione, ſive confuſione, & quæ ea ſit. 465. amittitur interitu, ſive mutatione rei, quæ formam, ac nomen rei mutat. 465. ſeq. ita amittitur rei mutatione, ut omnium partium uſusfructus pereat. 466. amiſſus mutatione rei, ea intra tempus, quo uſusfructus non utendo extinguitur, ad priorem formam reverſa, reſtituitur; poſt, nova ceſſione opus eſt. 467, 469
Uſufructu amiſſo mutatione rei ex facto proprietarii, qua actione is fructuario teneatur ad renovationem. 467
Uſusfructus mutatione formæ amiſſus non reſtituitur, inſtauratione ſpeciei novæ, & priori ſimilis: ut ſi domus, cujus uſusfructus legatus fuerat, collapſa, vel incenſa, ac reſtituta ſit. 468
Uſusfructus domus, aut navis legatæ non reſtituitur, ſi domus a teſtatore demolita, vel navis diſſoluta ſit, eo animo, ut non reſtitueretur; etſi mutato conſilio ex eadem materia rurſus domum, aut navem fecerit teſtator: ſi eo animo, ut reſtitueretur, dubium fuit inter Veteres, an reſtitueretur uſusfructus. 468. ſeq. agri a mari, aut flumine inundati quando reſtituatur. 469. ſeq. ſive conſtitutus traditione, ſive nondum traditus, amittitur capitis minutione, & in uſu, ſi dies ceſſit; ſi dies non ceſſit, non

non amittitur: & quid juris ſit, ſi ante, vel poſt quam dies ceſſerit, fructuarius moriatur, vel res mutata ſit. 471. ſeq. a teſtatore repetitus, capitis minutione, aut iuuſu, non amittitur; & quomodo fiat ejus repetitio. 472. non amittitur mutatione dominii. 473. vindicatur actione confeſſoria in rem, ab eo, cui a domino conſtitutus eſt, adverſus quemcumque rei fructuariæ poſſeſſorem. 473. ſeq.
in Uſusfructus actione quid veniat officio Judicis. 475
Uſufructuarius ſervitutes prædio fructuario debitas per conſequentiam vindicat uſusfructus conſequitur: vel procuratorio nomine vindicat, quo & novum opus nunciare poteſt. 474, 476. magis tenet rem fructuariam, & in ejus poſſeſſione eſt, quam eam poſſidet. 477
Uſufructuario datur Interdictum Unde vi, & Uti poſſidetis, non ex verbis, ſed ex menta Edicti. 477
Ut, & at, item Ut, & aut permutantur. 12. 58, 346
Ut ſæpe omittitur. 346
Uti quid ſit, & quomodo diſtinguatur a frui. 388, 391. ſeqq.
Utiliter agere, pro utili actione agere. 372

INDEX LEGUM, LOCORUMQUE

Quæ in Corpore Juſtiniani, in Codice Theodoſiano, in Fragmentis JCtorum Veterum, & Baſilicis illuſtrantur, explicantur, aut emendantur.

Ex Inſtitutionibus.

§. 11. *de Jure natur. gent. & civ.* 52
pr. de Nupt. 584
§. 4. *Qui teſtament. tutor. dar. poſſ.* 5
§. 4. *de Atiliano tutore.* 126
§. 2. *de Suſpect. tutorib.* 314
§. 6. *eod.* 30
§. *ult. eod.* 361
pr. §. 1. *& ſeqq. de Rer. Diviſion.* 14, 19. *ſeqq.*
§. 23, 24. *eod.* 2, 471
§. 35. *eod.* 47
§. 2. *de Uſufructu.* 439. *ſeqq.*
§. 3. *eod.* 460. *ſeq.* 465
§. 4. *de Donation.* 464
pr. de Milit. teſtament. 337
§. 4. *de Hered. qualit. & differ.* 28
§. 3. *de Verbor. Obligation.* 516
§. 6. *de Mandat.* 87
§. 2. *de Actionib.* 474
§. 6. *de Interdict.* 20
§. 4. *de Public. judic.* 289
§. 6. *eod.* 25

E Digeſtis.

l. 1. §. 2. *de Juſtit. & Jure.* 343, 499. §. 3. *eod.* 12
l. 10. *pr.* §. 1. *&* 2. *eod.* 55. *ſeq.* 582
l. 2. §. 29. *de Origin. Jur.* 107
l. 1. *de Legibus.* 584
l. 7. *eod.* 583
l. 20. *eod.* 298
l. 30. *eod.* 530
l. 1. *pr. &* §. 1. *de Conſtitut. Princ.* 298
l. 3. *de Statu homin.* 27
l. 2. *pr. de Diviſion. rer.* 15, 20
l. 4. §. 1. *eod.* ibid.
l. 5. *pr. eod.* 19
l. ult. de Offic. Præf. Vigil. 42
l. 2. §. 1. *de Offic. Proconſ.* 125
l. 3. *eod.* ibid.
l. 6. *pr. eod.* 122
l. 1. *pr. de Offic. ejus cui mand. eſt juriſdict.* 122. *ſeqq.* §. 1. *eod.* 119.
seq.
l. 2. *pr. &* §. 1. *eod.* 128, 246
l. ult. §. 1. *eod.* 119
l. 3. *de Juriſdict.* 94. 97. 510
l. 4. *eod.* 96
l. 12. *eod.* 145
l. 13. §. 1. *eod.* 13
l. 18. *eod.* 131, 132
l. ult. eod. 133
l. 22. §. 1. *de in Jus vocand.* 484
l. 1. §. 1. *de Edendo.* 484
l. 1. *pr. de Pactis.* 301. *pr. &* §. 1, 2, 3. *eod.* 484. *ſeq.*
l. 2. *pr. &* §. 1. *eod.* 486
l. 4. *pr. eod.* 487. §. 2. *eod.* 488. §. *ult. eod.* 516
l. 5. *pr. &* §. 1. *eod.* 498. *ſeqq.* 519
l. 6. *eod.* 500, 503, 519
l. 7. *pr.* §. 1. *&* 2. *eod* 503. *ſeqq.* §. 3, 4. *eod.* 507. §. 5, 6. *eod.* 212, 509. *ſeqq.* §. 7. *eod.* 274, 485, 528. *ſeq.* §. 8. *eod.* 494. §. 9. *eod.* 354, 528. §. 10. *eod.* 363, 510, 529. §. 11. *eod.* 529. §. 12. *eod.* 494, 508. §. 13. *eod.* 530. §. 14. *eod.* 274, 530. §. 15. *eod.* 537. §. *ult. eod.* 544
l. 10. *pr. eod.* 545
l. 12. *eod.* 557
l. 17. *pr. eod.* 515. *ſeq.* §. 2. *eod.* 520. *ſeqq.* §. 3. *eod.* 494
l. 21. §. 2. *eod.* 551
l. 23. *eod.* 6, 561. *ſeq.*
l. 25. *pr. eod.* 562. §. 2. *eod.* 561
l. 27. *pr. eod.* 561. *ſeq.* §. 1. *eod.* 561. §. 2. *eod.* 501, 544. §. 3. *eod.* 538. *ſeq.* 561. §. 4. *eod.* 494, 531
l. 43. *eod.* 541
l. 46. *eod.* 435
l. 48. *eod.* 518
l. 57. *pr. eod.* 180, 489
l. 58. *eod.* 512
l. pen. eod. 514
l. ult. eod. 561
l. 1. *de Tranſactionib.* 273. 490. *ſeq.*
l. 3. *pr. eod.* 37, 548. §. 1. *eod.* 497
l. 5. *eod.* ibid.
l. 6. *eod.* 535, 578
l. 8. *pr.* §. 1. *& ſeqq. eod.* 532. *ſeq.*
l. 9. *pr. eod.* 495. §. 2. *eod.* 528. §. *ult. eod.* 494
l. 12. *eod.* 497
l. 14. *eod.* 36, 546
l. 1. *de His qui not. infam.* 29, 362
l. 4. §. *ult. eod.* ibid.
l. 6. §. 7. *eod.* 30
l. 35. *pr. &* §. 1. *de Procuratorib.* 337
l. 58. *eod.* 558. *ſeqq.*
l. 60. *eod.* 559
l. 73. *eod.* 260
l. 6. *pr. de Negot. geſt.* 65. §. 3. *eod.* 64
l. 7. *eod.* 243. *ſeq.*
l. 34. *eod.* 505
l. 38. *eod.* 213
l. 1. §. 1. *&* 3. *de Calumniatorib.* 285
l. 21. §. 3, 4. *quod metus cauſ.* 382
l. 1. §. 2, 3. *de dolo mal.* 353. *ſeq.* 528
l. 7. *pr. eod.* 113, 377
l. 18. §. 2. *eod.* 467. §. 3. *eod.* 377.
l. 1. *pr. de Minorib.* 485
l. 9. §. *ult. eod.* 114, 514
l. 11. *pr. eod.* ibid.
l. 16. §. 1. *eod.* 363
l. 37. §. 1. *eod.* 484
l. 38. *pr. eod.* 256
l. 10. *de Capit. minut.* 457, 501
l. 4. §. 3. *de Alienation. judic. mut. cu. fact.* 334
l. 34. *pr. de Recept. qui arbitr. rec.* 563
l. ult. §. 1. *&* 6. *Naut. caup. ſtabul.* 329
l. 1. *de Judiciis.* 130, 138
l. 2. §. 1. *eod.* 130. *ſeqq.* §. 2. *eod.* 112. §. 6. *eod.* 344
l. 7. *eod.* 538
l. 12. §. 1. *eod.* 529
l. 23. *eod.* 110
l. 32. *eod.* 112
l. 41. *eod.* 354
l. 68. *eod.* 304
l. 70. *eod.* ibid.
l. 75. *eod.* 102
l. 27. *pr. de Inoffic. teſtam.* 426
l. 25. §. 11. *de Heredit. petit.* 13

INDEX LEGUM.

l. 51. §. 1. eod. 227
l. 27. §. 1. de Rei vindicat. 475
l. 62. pr. eod. 193
l. 11. §. 1. de Publician. in rem action. 449 ſeq.
l. 2. de Uſufructu. 397. ſeq.
l. 3. §. 1. eod. 449. ſeq.
l. 4. eod. 389, 450
l. 7. §. 1. eod. 414. §. 2. eod. 412, 420. §. 3. eod. 417
l. 9. §. 1. eod. 20, 402, 408. §. 2, 3. eod. 305, 402. §. 4. eod. 405. §. 6, 7. eod. 408. ſeq. 461
l. 10. eod. 408 ſeq.
l. 12. pr. eod. 413. §. 1. & ult. eod. 394
l. 13. pr. eod. 434, 577. §. 4. eod. 401. §. 5, 6. eod. 306. ſeqq. 403. ſeq. §. 7. eod. 393, 415. ſeqq. §. 8. eod. 419
l. 14. eod. 404, 420. 568
l. 15. §. 1. eod. 424. 461. §. 4. eod. 40, 336, 440, §. 6. eod. 415. §. ult. eod. 421 ſeq.
l. 16. eod. ibid.
l. 17. pr. eod. 422. §. 1. eod. 146
l. 19. pr. eod. 446
l. 20. eod. 10, 448
l. 25. §. 6. eod. 338, 426. §. ult. eod. 423
l. 26. eod. 395
l. 27. §. 2. eod. 424. §. 3. eod. 413
l. 28. eod. 301, 398
l. 29. eod. 443
l. 34. §. ult. eod. 445
l. 41. pr. eod. 397
l. 42. pr. eod. 389, 447. ſeq. §. 1. eod. 445
l. 44. eod. 404
l. 48. §. 1. eod. 400
l. 56. eod. 456
l. 58. pr. eod. 395. §. 1. eod. 449
l. 59. pr. eod. 413
l. 61. eod. 311, 418
l. 62. pr. & §. 1. eod. 308, 387, 406
l. 69. eod. 430
l. 71. eod. 467
l. 1. pr. & §. 1. Quib. modis uſusfr. vel uſus amitt. 450, 457, 471
l. 4. eod. 459
l. 5. §. 1. eod. 460. §. 3. eod. 467
l. 10. §. 1. eod. 468. §. 7, 8. eod. 469
l. 12. eod. 469
l. 19. eod. 473
l. 23. eod. 469
l. 24. pr. eod. 470
l. 1. de Uſufruct. ear. rer. quæ uſu conſum. 438 ſeq.
l. 3. eod. 442
l. 4. eod. ibid.
l. 6. pr. eod. 390
l. ult. eod. ibid.
l. 1. §. 1, 2. ſi Uſusfruct. pet. 411
l. 2. eod. 423
l. 3. eod. 459
l. 5. §. 1. & 3. eod. 474. ſeq.
l. ult. eod. 475
l. 10. pr. de Uſu & habitat. 63
l. 14. §. 1, 2, 3. eod. 447. ſeq.
l. 1. pr. §. 3. & ſeqq. Uſufructuar. quemadm. cav. 430. ſeqq. §. 5, 6. eod. 461
l. 2. pr. eod. 432
l. 5. pr. eod. 433. §. 2. eod. 448. §. 3. eod. 63, 431
l. 6. eod. 431
l. 9. §. 1. eod. 457. §. 3. eod. 394
l. ult. eod. 434, 439, 578
l. 4. pr. de Servitutib. 451, 452, 516 ſeq.
l. 8. pr. eod. 4. 5
l. 15. pr. eod. 3
l. 20. eod. 450
l. 13. §. 1. de Servitut. præd. urb. 416
l. 20. §. 2. eod. 468
l. 33. eod. 539
l. 40. eod. 415
l. 1. pr. de Servitut. præd. ruſt. 4. §. 2. eod. 450
l. 5. §. 1. eod. 9. ſeq.
l. 6. pr. & §. 1. eod. ibid. 316
l. 24. eod. 6
l. 33. §. 1. eod. 8
l. 6. §. 2. ſi Servit. vindic. 539
l. ult. eod. 355
l. 10. §. 1. Quemadm. ſervit. amitt. 462
l. 11. pr. eod. 41, 336, 440, 462
l. 14. pr. eod. 470
l. 18. pr. eod. 462
l. 2. pr. Si quadrup. pauper. fec. dic. 157
l. 2. pr. & §. 2. Ad Leg. Aquil. 138, 140
l. 3. eod. 142
l. 4. §. 1. eod. 313
l. 5. pr. & §. 1. eod. 22, 143. §. ult. eod. 20, 144
l. 7. §. 2. eod. 151. §. 4. eod. 139. 147
l. 9. §. ult. eod. ibid.
l. 10. eod. ibid.
l. 11. pr. eod. 146. §. 3. eod. 155. 469. §. 6. eod. 138, 345
l. 13. §. 3. eod. 156
l. 15. pr. eod. ibid. §. 1. eod. 155.
l. 21. pr. §. 1. & 2. eod. 158
l. 23. §. 3. eod. ibid. 345. §. 8. eod. 329
l. 27. §. 5. eod. 159. §. 6. & ſeqq. eod. 166. §. 12. eod. 159. §. 13. eod. 161. §. 14. eod. 165. §. 17. eod. 162. §. 20, 21. eod. 165. ſeq. §. 25. eod. 163, 400. §. 26. eod. 169. §. 30. eod. 161. §. ult. eod. 166
l. 28. pr. & §. 1. eod. 169
l. 29. pr. & §. 1. eod. 169. §. 2. eod. 166. §. 3, 4. eod. 168, 171. §. 7. eod. 145
l. 30. §. 1. eod. 157. §. 2. eod. 161. §. 3. eod. 169
l. 33. pr. eod. 159
l. 41. pr. eod. 162
l. 45. §. 3. eod. 147
l. 49. pr. eod. 164. §. 1. 167
l. 51. pr. §. 1. & 2. eod. 154. ſeq.
l. 52. §. 1. eod. 168. §. ult. eod. 169
l. 5. §. 3, 4. de His, qui effuder. vel dejecer. 23
l. 2. §. 1. de Noxalib. action. 153
l. 27. pr. eod. 461
l. 1. Finium regund. 490
l. 4. §. 1. Famil. erciſc. 57
l. 16. §. 1. eod 389
l. 9. §. 4. Ad exhibendum. 301
l. 1. de Religioſis. 321
l. 11. eod. 513
l. 12. pr. eod. 411
l. 2. §. 3. de Rebus cred. 491
l. 3. eod. 488
l. 4. pr. eod. 203
l. 7. eod. 519
l. 11. §. 1. eod. 515. 519
l. 15. eod. 539
l. 27. eod. 317
l. 40. eod. 239, 516, 518
l. 31. de Jurejurando. 62
l. 3. §. 3. de Condiction. ca. dat. ca. non ſecut. 76
l. 5. pr. & §. 4. eod. ibid.
l. penult. eod. 42
l. ult. eod. 73, 75, 315
l. 26. pr. de Condiction. indeb. 231
l. 65. §. 1. eod. 336, 494
l. 1. de Condict. triticar. 435
l. 2. §. ult. de Eo quod certo loc. 216
l. 4. Commodati. 502
l. 13. §. 1. eod. 190
l. 11. §. 5. de Pignerat. action. 488
l. 13. §. 1. eod. 11, 71, 329
l. 16. §. 1. eod. 373
l. 33. eod. 327
l. 41. eod. 273
l. 9. de lege Rhod. de jact. 312
l. 1. de Senatuſconſ. Macedon. 229
l. 8. de Peculio. 45
l. 2. §. 1. Ad Senatuſconſ. Vellejan. 316
l. 24. Depoſiti. 244, 539
l. 31. pr. eod. 57
l. 6. §. 4. 5. Mandati. 86
l. 10. §. 3. & 8. eod. 199, 213
l. 12. §. 9. eod. 244. §. 11. eod. 57. §. ult. eod. 320
l. 13. eod. 311
l. 32. eod. 87
l. 34. pr. eod. 539
l. 58. §. 1. eod. 545
l. 59. §. 5. eod. 249. ſeq.
l. 60. §. 4. eod. 560
l. 3. §. 3. Pro ſocio. 362
l. 52. §. 10. eod. 214
l. 60. pr. eod. 184, 192, 244. ſeq. 337. 514
l. 63. pr. eod. 263
l. 67. §. 1. eod. 192
l. 6. §. 1. de Contrahend. emtion. 510
l. 25. §. 1. eod. 53
l. 54. eod. 338
l. 57. pr. §. 1, 2, 3. eod. 369. ſeq.
l. 58. eod. 371
l. 62. §. 1. eod. 372
l. 72. pr. eod. 511
l. 78. §. ult. eod. 65
l. 4. pr. de lege commiſſor. 511
l. 3. de Reſcindenda vendit. 365
l. 6. eod. 511
l. ult. de Pericul. & commod. rei vend. 185
l. 6. §. 1. de Servis exportand. 513
l. 7. eod. 513
l. 3. §. 2. de Action. emt. & vend. 450
l. 11. §. 1. & 2. eod. 54. §. 5. eod. 365 ſeqq.
l. 12. eod. 171
l. 13. §. 3, 4, 5. eod. 366. ſeqq. §. 20. eod. 251. §. 26. 230. §. 27, 28. 364
l. 28. eod. ibid.
l. 30. §. 1. eod. 372
l. 53. §. 1. eod. 346
l. 13. §. 4. Locati conduct. 144

l. 24.

l. 24. §. 1. eod. 488
l. 1. pr. de Rerum permutat. 54
l. 5. §. 1. de Præſcript. verb. 76. §. 2, 3. eod. 505. ſeq.
l. 12. eod. 510
l. 14. §. 3. eod. 162
l. 15. eod. 506
l. 1. pr. de Pignorib. & hypoth. 373 §. 3. eod. 210, 222
l. 9. §. 1. eod. 303, 375
l. 11. §. 1. eod. 179, 222, 328
l. 17. eod. 522
l. 22. eod. 372. ſeqq.
l. 4. pr. In quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contrah. 487
l. 5. §. 1. eod. 488
l. 7. §. 1. eod. ibid.
l. 8. eod. 222
l. 12. §. 6. Qui potiores in pign. 226
l. 5. pr. Quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv. 49, 83, 521. ſeqq.
l. 7. §. 2. eod. 85, 524
l. 8. §. 2. eod. 85, 521. §. 6. eod. 300
l. 1. §. 7. de Ædilit. Edicto. 65
l. 18. pr. eod. 367
l. 29. §. 2. eod. 256
l. 38. §. 4. eod. 373
l. 58. §. ult. eod. 33
l. 1. pr. de Uſuris. 209, 212, 233, §. 2. eod. 254. §. 3. eod. 259
l. 3. §. ult. eod. 247, 300
l. 6. pr. & §. 1. eod. 236. ſeq.
l. 7. eod. 258
l. 9. pr. eod. 230, 263. §. 1. eod. 226, 251
l. 13. pr. eod. 262
l. 15. eod. 226
l. 16. pr. eod. 247. §. 1. eod. 225
l. 17. pr. eod. 241. §. 1. eod. 250, 262. § 2. eod. 228. §. 3. eod. 185. §. 4. eod. 249. §. 5. eod. 251. §. ult. eod. 177. ſeq. 224
l. 23. §. 1. eod. 251
l. 26. eod. 406
l. 30. eod. 520
l. 31. eod. 239
l. 32. pr. eod. 249. §. 1. eod. 250 §. 2. eod. 244
l. 34. eod. 244, 246, 255
l. 35. eod. 255
l. 37. eod. 264
l. 41. §. 2. eod. 237. ſeqq.
l. 43. eod. 252
l. 44. eod. 230
l. ult. eod. 392
l. 4. pr. & §. 1. de Nautic. fæn. 216. ſeq
l. 5. pr. eod. 218
l. 7. eod. 76, 238, 520
l. 7. de Probationib. 33, 61
l. 7. de Teſtibus. ibid.
l. 1. de Ritu nuptiar. 50
l. 45. §. 6. eod. 325
l. 55. §. 1. eod. 323
l. 67. §. 3. eod. 325
l. 9. §. 1. de Jure dotium. ibid.
l. 21. eod. 488
l. 41. pr. eod. 501
l. 66. eod. 463
l. 6. de Pactis dotalib. 541
l. 26. §. 4. eod. 553
l. 45. Soluto matrimon. ibid.
l. 1. §. 1. 4. & 12. de Agnoſc. & alend. liberis. 571, 575
l. 3. §. 1. eod. 571
l. 4. eod. 576, 579
l. 5. pr. §. 7. & 11. eod. 572
l. 1. pr. & §. 1. de Ventre inſpic. 412, 571
l. 1. pr. de Tutelis. 301
l. 6. §. 2. eod. 93, 126
l. 1. pr. §. 1. & 2. de Teſtam. tutel. 340
l. 12. & ſeqq. eod. 5
l. 1. §. 1. de Tutorib. & Curatorib. dat. ab his. 127
l. 3. eod. ibid.
l. 8. pr. eod. ibid.
l. 27. pr. eod. 5
l. 28. §. 1. de Adminiſtr. & peric. tut. 259
l. 47. §. 4. eod. 192
l. 3. §. ult. de Suſpect. tutorib. 30, 334
l. 7. §. 1. eod. 31
l. ult. §. 1. de Fidejuſſorib. & nominatorib. tutor. 517
l. 4. de Curatorib. furioſ. 335, 577
l. 29. §. 12. de Liber. & poſtb. 36, 546
l. 49. §. 1. de Heredib. inſtit. 28
l. 4. pr. de Vulgar. & pupill. ſubſtit. 487
l. 5. §. 1. de Jure deliber. 65
l. 52. princ. de Adquir. vel omitt. heredit. 451
l. 1. pr. & §. 1. Teſtam. quemadm. aperiantur. 536, 579
l. 2. §. 3. de Jure codicillor. 299
l. 41. §. 8. de Legatis I. 414
l. 44. §. ult. eod. 410
l. 114. §. 8. eod. 122
l. 66. §. 6. de Legat. II. 390
l. 76. §. 2. eod. 389
l. 87. §. 1. eod. 252
l. 23. de Legat. III. 299
l. 31. eod. 414
l. 39. pr. eod. 244
l. 47. §. 1. eod. 510
l. 3. §. ult. de Annuis legat. 235
l. 7 eod 178
l. 12. eod. 10. 409
l. 1. de Uſu & uſufruct. legat. 38, 441. ſeq. 458
l. 13. eod. 453
l. 15. §. 1. eod. 410
l. 19. eod. 390
l. 23. eod. 473
l. 25. eod. 396
l. 26. pr. eod. 472
l. 32. §. 6. eod. 455
l. 35. eod. 454
l. 37. eod. 443
l. 38. eod. 10, 448
l. 41. eod. ibid.
l. 42. eod. 163, 400
l. ult. eod. 332, 443
l. 15. de Tritic. vin. vel ol. leg. 335
l. 12. §. 16. & ſeqq. de Inſtructo vel inſtrum. leg. 415
l. 9. §. 2. de Supellect. leg. 329
l. 1. de Aliment. legat. 533
l. 7. de Auro argent. mund. 445
l. 15. eod. 390
l. 27. §. 4. eod. 301, 398
l. 3. §. 3. de Liberat. legat. 562
l. 9. pr. de Rebus dubiis. 65
l. 18. pr. de His, quæ ut indign. 227
l. 92. de Conditionib. & demonſtr. 123
l. 3. §. 2. ad Legem Falcid. 224
l. 9. §. 1. eod. 569, 585
l. 68. pr. eod. 456
l. 6. ſi cui plus quam per Leg. Falcid. lic. 435. ſeq.
l. 50. ad Senatuſconſ. Trebellian. 608
l. 59. §. ult. eod. 552
l. 78. §. ult. eod. 496. ſeq.
l. 5. §. 4. de Carbonian. Edict. 339
l. un. pr. de Bonor. poſſeſſ. ex teſtam. milit. 41
l. 2. Unde cognati. 485
l. 4. §. 2. de Gradib. & adfinib. 28
l. 2. §. 1. Quis ordo in poſſeſſ. ſerv. 106
l. 1. §. 4. de ſuis & legitim. hered. 342
l. 1. §. 8. ad Senatuſconſ. Tertullian. ibid.
l. 2. §. 41. eod. 31
l. 1. §. ult. de Oper. novi nunc. 476
l. 13. §. 8. de damn. infect. 421
l. 15. §. 13. eod. 414
l. 24. pr. eod. 15, 20
l. 22. de Donationib. 248
l. 27. eod. 477
l. 18. §. 2. de Mortis cauſ. donat. 322
l. 17. pr. & §. 1. de Manumiſſ. vind. 125
l. 29. de Manumiſſ. teſtam. 571, 572
l. 26. §. 1. de Fideicommiſſ. libertat. 252
l. 4. §. 1. de Statuliberis. 436
l. 21. pr. eod. 394
l. 7. §. 5, 6. de Adquir. rer. domin. 1, 470
l. 9. §. 4 eod. 557, 558
l. 14. pr. eod. 18
l. 23. §. 3. eod. 338. ſeq. 427
l. 30. §. 3. eod. 2, 470
l. 48. §. 1. eod. 325, 501
l. 49. eod. 425
l. 55. eod. 44, 164
l. 63. §. 3. eod. 425
l. 1. §. 4. de Adquir. vel amitt. poſſeſſ. 381. §. 21. eod. 45. ſeq.
l. 3. §. 3. eod. 44. §. 14. eod. 310
l. 12. pr. eod. 392, 477
l. 51. eod. 45
l. 10. pr. de Uſurpat. & Uſucap. 492
l. 31. §. 1. eod. ibid.
l. 2. §. 16. pro Emtore. 469
l. 2. pro Donato. 255
l. 15. §. 7. de Re judicat. 335
l. 53. §. 1. eod. 305
l. 8. pr. de Reb. auctor. judic. poſſ. 391
l. 1. §. 5. de Separationibus. 123
l. 1. §. 1. Quorum bonorum. 434
l. 1. pr. Quod legatorum. ibid.
l. 1. §. 8. eod. 478
l. 1. §. 7. & 9. de Fluminib. 471
l. ult. eod. 69
l. 3. §. 13. de Vi, & vi armata. 477
l. ult. Uti poſſidetis. ibid.
l. 3. §. 14. de Itiner. actuque privat. 8
l. 1. §. 11. & ſeqq. de Aqua cotidian. & æſtiv. 5. 8. ſeq. §. 16. eod. 7
l. 3. pr. eod. 5, 8. ſeq.
l. 7. §. 4. Quod vi, aut clam. 145, 167

l. 16. §. 1. eod. 391
l. un. §. 4. de Remiſſionib. 476
l. 12. pr. de Precario. 539
l. 1. §. ult. de Liberis exhib. 412, 487
l. 2. eod. 412
l. 14. pr. de Exception. rei judic. 469
l. 4. §. 33. de Doli mal. & met. except. 382
l. 3. §. ult. de Obligat. & action. 360, 587
l. 12. eod. 517
l. 23. eod. 251
l. 44. §. 1, 2. eod. 517
l. 49. eod. ibid.
l. 1. §. 3, 4. de Verbor. obligat. 518. ſeq. §. ult. eod. 502
l. 41. §. 1. eod. 517
l. 45. §. 2. eod. 554
l. 75. §. ult. eod. 53
l. 83. §. 5. eod. 468
l. 101. eod. 543
l. 105. eod. 258
l. 122. §. 3. eod. 250. §. 5. eod. 260
l. 126. §. 1. eod. 95, 387
l. 137. §. 4. eod. 435
l. 1. §. 5. de Stipulation. ſerv. 425
l. 19. eod. 338, 427
l. 24. eod. 426
l. 32. eod. 426
l. 51. §. 1. de Fidejuſſorib. 34
l. 18. de Novationib. 255
l. 25. eod. 562
l. 23. de Solutionib. 489
l. 72. pr. eod. 259, 314
l. 79. eod. 46
l. 98. §. ult. eod. 468
l. ult. eod. 320
l. 8. §. 4. de Acceptilation. 6, 502
l. 10. Rem pup. vel adol. ſalv. ſor. 245
l. 2. §. 1. Vi bonor. raptor. 50, 285
l. 3. §. 7. de Incend. ruin. naufr. 167
l. 7. §. 2. de Injuriis. 315
l. 17. §. 7. eod. 334
l. 35. eod. 13
l. 4. de Extraordinar. criminib. 585
l. 5. de Sepulcr. violat. 346
l. ult. de Prævaricat. 278, 531
l. 4. de Cuſtod. & exhibit. reor. 337
l. 5. §. ult. Ad Legem Jul. de vi publ. 281
l. 1. pr. & §. 1. Ad Leg. Cornel. de Sicar. 123. §. 3. eod. 78. ſeqq.
l. 3. §. 5. eod. 297
l. 7. eod. 22, 77
l. 9. eod. 23
l. pen. eod. 297
l. 1. de Leg. Pompej. de parricid. 24
l. 5. eod. 77
l. 9. pr. eod. 25
l. 7. de Leg. Cornel. de falſ. 122
l. 6. pr. Ad Senatuſconſ. Turpill. 277, 283
l. 1. pr. de Quæſtionib. 33
l. 20. eod. ibid. 62
l. 3. de Pœnis. 298
l. 6. pr. eod. ibid.
l. 27. §. 1, 2. eod. 345, 523
l. 28. §. 15. eod. 77
l. 39. eod. 586
l. 41. eod. 584
l. 1. de Bonis eor. qui ante ſentent. 278. ſeq. 531
l. 2. pr. eod. 278
l. 5. de Interdictis & relegat. 58
l. 7. pr. eod. ibid.
l. 16. eod. 288
l. 19. de Appellationib. 470
l. 23. pr. eod. 110
l. 4. de Jure Fiſci. 277
l. 6. pr. eod. 223
l. 29. pr. eod. 278, 531
l. 5. §. 2. de Captiv. & poſtlim. 196
l. 4. §. 13. de Re militari. 52
l. 26. pr. & §. 1. Ad Municipalem. 96
l. 28. eod. 133
l. 1. pr. & §. 1, 2. de Munerib. & honor. 27
l. 5. pr. de Operib. publ. 178, 224. 246
l. 1. pr. de Pollicitation. 247
l. 10. eod. 224
l. 14. eod. 244
l. 5. §. 3. de Extraordin. cognition. 342
l. 2. de Proxeneticis. 15, 376
l. 21. de Verbor. ſignificat. 543
l. 25. pr. eod. 389
l. 30. pr. eod. 409
l. 42. eod. 29. ſeqq. 128, 247
l. 53. pr. eod. 340
l. 86. eod. 6
l. 117. eod. 245
l. 121. eod. 193, 244. ſeq.
l. 195. §. 2. eod. 301
l. 27. de Diverſ. regul. Juris. 537, 541
l. 34. eod. 238
l. 37. eod. 110
l. 73. §. 1. eod. 340
l. 105. eod. 120
l. 116. pr. eod. 382
l. 169. pr. eod. 153

E Codice.

l. 46. §. 4. de Epiſc. & Cleric. 249, 251
l. un. de Offic. Præf. Vigil. 42
l. 3. de Edendo. 111
l. 1. de Pactis. 493
l. 2. eod. 489
l. 13. eod. 510
l. 14. eod. 508
l. 21. eod. 525
l. 2. de Tranſactionib. 491
l. 6. eod. 526
l. 18. eod. 271. ſeqq. 279, 281, 286, 289. ſeqq. 531
l. 23. eod. 492
l. 28. eod. 525
l. 29. eod. 496
l. 33. eod. 525
l. 38. eod. 273, 492
l. 40. eod. 527
l. 12. Ex quib. cauſ. infam. irrog. 574, 577
l. 20. eod. 225
l. 22. de Negot. geſt. 492
l. 4. de His, quæ vi metuſve cauſa geſta ſunt. 382
l. 5. eod. ibid.
l. 1. de Dolo malo. 376
l. 5. de In integr. reſtit. minor. 361
l. 3. In quib. cauſ. in integr. reſtit. neceſſar. non eſt. 252
l. ult. de Reſtitution. milit. 337
l. un. de Alienat. judic.' mut. ca. fact. 522
l. 5. de Judiciis. 129
l. 2. de Pedaneis judicib. 100, 104
l. un. Qui pro ſua juriſdict. judic. dare darive poſſ. 129
l. 1. de Ordine judicior. 103
l. un. de Litis conteſtat. 111
l. 4. de Dilationibus. 105
l. 4. de Juriſdictione. 131
l. 12. de Rei vindicatione. 345
l. 4. de Uſufructu. 434, 578
l. 11. eod. 453. ſeq.
l. 14. eod. 455
l. 15. eod. 460
l. 16. §. 1. & 2. eod. 459. ſeq.
l. ult. eod. 459
l. 12. de Servitutib. & aqua. 8
l. 13. eod. 459
l. 5. de Lege Aquilia. 151, 165
l. ult. eod. 162
l. 3. Commun. utriuſque judic. 362
l. pen. Ad Exhibendum. 555
l. 3. de Rebus credit. 62
l. 8. Si certum pet. 177, 209, 229, 230
l. pen. de Condict. ob cauſ. dat. 76
l. 4. de Obligation. & action. 376
l. 19. de Teſtibus. 341
l. 5. de Pignerat. act. 73
l. 8. eod. 73, 334
l. 9. eod. 72
l. ult. Quod cum eo, qui in alien. poteſt. eſt. 139
l. ult. §. 1. de Compenſation. 470
l. 1. de Uſuris. 235
l. 5. eod. 262
l. 9. eod. 261
l. 10. eod. 263
l. 11. eod. 221, 261
l. 14. eod. 180, 222
l. 15. eod. 230
l. 16. eod. 229
l. 17. eod. 180, 222
l. 18. eod. 231
l. 22. eod. 223
l. 23. eod. 177
l. 25. eod. ibid.
l. 26. pr. eod. 262. §. 1. eod. 219, 231
l. 28. eod. 225
l. 4. de Heredit. vel action. vend. 368
l. ult. eod. 372
l. 2. de Patrib. qui fil. ſuos diſtrax. 574
l. 5. de Reſcindend. vend. 361, 365
l. 10. eod. 379
l. 5. de Action. emt. & vend. 253
l. 6. eod. 71
l. 2. de Pact. int. emt. & vendit. 511
l. 6. eod. 70
l. ult. eod. 514
l. 5. de Locat. & conduct. 488
l. 17. eod. 214
l. 16. de Nuptiis. 573
l. 17. eod. 324
l. 6. de Dot. promiſſ. 520
l. 26. de Jure dot. 552, 556
l. un. §. 13. de Rei uxor. action. 292
l. 4. de Pact. convent. tam ſup. dote. 343, 552
l. 7. eod. 555
l. 2. Rerum amotar. 537

l. 3.

INDEX LEGUM.

l. 3. de Confirm. tutor. 93
l. 22. de Adminiſtrat. tutor. 439
l. 1. de Heredib. tutor. vel curator. 517
l. 1. de Uſuris pupillarib. 234
l. 4. de Prædiis & al. reb. minor. 556
l. 8. de Collationibus. 362
l. 3. de Teſtament. & quemadm. teſtam. ordin. 300
l. 3. de Repud. vel abſtin. hered. 273, 492
l. ult. de Legatis. 517
l. 1. de Fideicommiſſis. 236
l. 1. de Uſuris & fructib. legator. 247
l. 2. eod. ibid.
l. 4. eod. ibid.
l. 7. Ut in poſſeſſion. legator. 434, 577
l. ult. §. 4. de Bonis quæ liberis. 436
l. 1. de Ordine cognition. 104
l. 3. eod. ibid.
l. 9. de Adquir. & retin. poſſeſſ. 60
l. 9. de Præſcript. longi temp. 117
l. 9. Quomodo & quando Jud. ſentent. proferr. deb. 305
l. 1. de Sentent. quæ ſin. cert. quantit. profer. 254
l. 2. Sentent. reſcindi non poſſe. 35, 117
l. 1. de Uſuris rei judic. 223, 234, 255
l. 2. eod. 234, 255
l. 3. eod. 226, 234, 255
l. 19. de Pignorib. & hypothec. 72
l. 23. eod. 48, 521
l. ult. In quib. cauſ. pign. vel hypoth. tac. contrah. 487
l. 5. Si alien. res pign. data ſit. 372
l. ult. Quæ res pign. oblig. poſſ. 445
l. 2. de Remiſſion. pign. 49, 524
l. 4. de Exception. & præſcription. 35, 116
l. 8. eod. 116
l. 9. eod. ibid.
l. 5. de Contrah. & committ. ſtipulat. 508
l. 9. eod. 276
l. 3. de Fidejuſſorib. & mandatorib. 586
l. 10. pr. & §. 1. eod. 34, 115
l. 6. de Solution. & liberation. 344, 492
l. 9. de Patria poteſt. 571. ſeq. 575.
l. ult. de Emancipation. liberor. 458
l. 2. de Infantib. expoſ. 575, 580. ſeq.
l. 3. de Donationib. quæ ſub modo, vel condit. 555
l. 5. §. 6. ad Leg. Jul. Majeſtat. 292
l. 9. ad Leg. Jul. de adulter. 287
l. 10. eod. 290, 293
l. 17. eod. 288
l. 30. §. 1. eod. 289
l. un. §. 2. de Rapt. virgin. 291
l. 8. Ad Leg. Cornel. de Sicar. 580. ſeq.
l. un. de His, qui parent. vel liber. occider. 574
l. 7. Ad Leg. Cornel. de falſis. 292
l. 1. de Quæſtionib. 60. ſeq.
l. 2. de Abolitionib. 281, 283. ſeq.
l. 3. ad Senatuſconſ. Turpilian. 276
l. 16. de Pœnis. 290
l. 2. de Debitorib. civitat. 205

E Novellis.

Novell. XXXIV. c. 1. 208
LXXVIII. c. 5. 441
CXII. c. 2. 341
CXXXI. c. 1. 201
CXXXIV. c. 10. 289
CXXXVI. c. 5. 239
CLX. præf. & c. 1. 264

E Codice Theodoſ.

l. 1. de Uſuris. 119, 183, 220, 261
l. 2. eod. 231
l. 2. de Curatorib. Kalendar. 207
l. 1. de Inceſtis nupt. 324
l. 1. de Expoſitis. 574
l. 1. de Aliment. quæ inop. parent. de public. pet. deb. 573
l. un. de His, qui ſanguinol. empt. vel nutr. accep. 574
l. 1. de Uſuris rei judic. 220, 234, 255, 263
l. 4. Quor. appellat. non recip. 289
l. 2. Ad Leg. Juliam de adulter. ibid.
l. 1. de Pœnis. 290
l. 1. de Abolitionibus. 281, 283
l. 2. de Paganis. 119

E Codic. Gregorian.

Lib. III. fragm. 362

Ex Inſtitutionibus Gaji.

L. 1. Tit. IV. §. 3. 324
II. VII. 246

E Sententiis Pauli.

L. 1. Sentent. Tit. VIII. 533
§. 5. 490
§. ult. 276
X. §. 2. 557
XIII. §. 4. 53
XV. 33
XIX. §. 3. 460
II. Sentent. XIV. §. 3. 217
§. 2. 231
XXVI. §. 6. 367
III. Sentent. VIII. §. 25. 405
§. 30. 460
§. 31. & 36. 452
§. 32. 457
§. 33. 458
§. 34. 343, 465
§. 35. 46
§. 36. 452, 455
X. §. 5. 240
IV. Sentent. I. §. 15. 520
V. Sentent. IV. §. 6. 29
XXII. §. 1. 24

E Fragmentis Ulpiani.

Tit. I. §. 16. 54
XI. §. 1. 324
XI. §. 14. 340
XIX. §. 13. & 14. 38, 464
XXV. §. 1. 471

E Collatione LL. Moſaicar. & Romanar.

Tit. I. 10. ſeqq. 82, 123, 139, 439
II. 138
VI. 323. ſeq.
VII. 22. ſeq. 142. ſeqq. 313
XII. 159, 166

E Baſilicis, & eorum Scholiaſtis.

Pag. 83. 163. 233. ſeq. 239. 225. 263. 280. ſeq. 289. ſeq. 307. 329. 378. 404. 411. 423. 448. 467. 491. 523. 529.

E Novell. Leonis.

Nov. LXXXIII. 183. 201. 208.

E Jure Canonico.

Cauſ. XIV. Q. 4. c. quoniam. 183

Digitized by Google

INDEX SCRIPTORUM VETERUM,

Qui explicantur, aut illuſtrantur.

Achilles Tatius. 105. ſeq.
Ælianus. 568, 575
Ambroſius. 124, 183, 193, 196, 201, 207, 233, 241, 264, 325, 376
Ammianus Marcellin. 59, 106, 124. ſeq.
Appianus. 195, 211
Apulejus. 25. ſeq. 62, 78, 96, 107
Ariſtoteles. 182, 188, 568
Arnobius. 289
Artemidorus. 256
Aſconius. 96, 98, 123, 132, 231
Auguſtinus. 183, 201, 388
Auſonius. 19, 199, 343
Baſilius. 180, 241, 264
Capitolinus. 58, 210, 324, 532
Caſſiodorus. 93. ſeq. 94, 119, 124
Cato. 163, 182, 231, 400
Chryſoſtomus. 183, 188, 200
Cicero. 12, 15, 39, 51, 98-112, 115, 124, 127, 129, 141. ſeqq. 200, 206, 211, 224, 228, 230, 258, 330, 343, 346, 354. ſeq. 357. ſeq. 360, 369, 376, 399, 410, 437, 441, 462, 483. ſeqq. 492, 502, 569, 583, 585.
Cledonius. 118, 125
Columella. 164, 401, 407
Curtius. 414
Dialogus de Cauſis corrupt. eloq. 582
Dio in Excerpt. Peireſc. 286, 441
Dionyſius Halicarn. 99, 504, 569
Donatus. 30, 388, 501
Ezechiel Propheta. 198
Feſtus. 99. ſeq. 114, 142, 180, 208, 483. ſeq.
Firmicus. 417, 573
Gellius. 100, 109, 181, 310, 400, 462, 504, 507, 537
Harmenopulus. 183, 207, 208
Hieronymus. 198, 220, 232
Horatius. 30, 179, 187, 206, 228, 388, 531
Inſcriptiones Veteres. 3, 96, 123, 129, 150, 166, 178. ſeq. 205. ſeq. 221, 224, 247, 252, 299, 347, 402, 409, 411, 532
Iſidorus. 26, 85, 303, 325, 331, 389, 429
Juſtinus. 30, 197, 334
Juvenalis. 104, 106. ſeq. 162, 229, 251
Lactantius. 15, 106, 182, 290, 398, 573, 580, 582
Lampridius. 98, 209
Livius. 25, 51, 109, 118. ſeqq. 127, 211, 312, 342, 414, 439
Lucanus. 108
Lucas Euangeliſta. 199
Manilius. 311, 418, 429
Martialis. 157, 162
Matthæus Euangeliſta. 199
Michaël Attaliates. 14, 83
Moſes. 194-199
Nonius. 179, 181, 187
Ovidius. 19, 30, 47, 59, 62, 345
Paſſio SS. Perpetuæ, & Felicitatis. 574
Paulus Apoſtolus. 32
Perſius. 179, 187, 199, 255, 359, 586
Petronius. 19, 214, 397, 420, 492
Phædrus. 43
Philo. 569
Photius. 83
Plautus. 43, 51, 85, 138, 187, 256, 316, 341, 359, 392, 414, 484, 508, 587
Plinius Maj. 40, 110, 138, 150, 164, 171, 208, 302, 312. ſeq. 398, 401, 416
Plinius Min. 102, 107. ſeqq. 109, 127, 208, 223, 299, 416
Plutarchus. 96, 200, 209, 211, 298, 568. ſeq.
Polybius in Excerpt. Peir. 245
Prudentius. 14, 98
Priſcianus. 483
Pſalmus xv. 198
Quintilianus. 47, 102, 108, 151, 160, 274, 483, 571, 573, 582, 586
Salvianus Maſſil. 198
Scaurus Grammat. 483
Seneca [Marc.] 166, 569
Seneca [Luc.] 15. ſeqq. 26, 32, 43, 47, 54, 99, 106, 112, 182, 192, 199. ſeq. 388, 439, 490, 507, 569, 584
Seneca Tragicus. 123
Servius. 142, 321, 336, 462, 577
Siculus Flaccus. 411, 413
Sidonius. 98, 106, 207, 260, 263, 311, 418
Suetonius. 50, 96, 100, 103, 108. ſeq. 123, 286, 302, 330, 366, 398, 451, 492, 569, 586
Symmachus. 277
Tacitus. 13, 195, 210. ſeq. 277, 286, 293, 299, 323, 388, 569
Terentius. 30, 51, 276, 484, 501
Tertullianus. 94, 166, 197, 275, 277, 281, 416, 570
Theophilus. 138, 413
Trebellius Pollio. 301
Valerius Max. 102, 108
Varro. 9, 181, 187, 308, 310, 359, 399, 400, 403, 429, 586
Vellejus. 126, 299
Virgilius. 15, 25, 47, 52, 59, 85, 98, 124, 320, 336, 389, 396, 577
Vitruvius. 39, 416, 419
Voluſius Mæcianus. 228
Vopiſcus. 99
Vulcatius Gallicanus. 58
Xiphilinus. 323

F I N I S.

ANT 1319325

Digitized by Google

Digitized by Google